المجلد الحادي عشر من المحيط للسرخسي عدد ١٩

الحادي عشر من المحيط البرهاني

فيه

كتاب الاجارات

كتاب ادب القاضي

كتاب الشهادات

كتاب الرجوع عن الشهادة

كتاب التزكية

كتاب الاستحلاف

كتاب الدعوى

كتاب الدعوى في النسب كتاب الاستحقاق

وهو كتاب الاقرار

وهو ملك الفقير الى الله تعالى ... المستغفر ... عفى الله عنه

طالع ... العبد الفقير ...

قد وقف هذه النسخة الجليلة سلطاننا الأعظم والخاقان المعظم
مالك البرين والبحرين خادم الحرمين الشريفين السلطان ابن
السلطان السلطان الغازي محمود خان وقفاً
صحيحاً شرعياً لمن طالع واستفاد وتعلم وأفاد
أعظم الله تعالى أجره يوم التناد
حرره الفقير أحمد شيخ زاده المفتش
بأوقاف الحرمين الشريفين
غفر لهما

عونك اللهم

كتاب الاجارات

يحتاج الى معرفة شرعية الاجارة وتفسيرها وركنها وشرط جوازها على الخصوص
وحكمها وكيفية انعقادها وانواعها اما شرعيتها فلقوله تعالى حكاية عن شعيب
انه قال لموسى عليهما السلام اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني حجج وشريعة
من قبلنا تلزمنا حتى يقوم الدليل على نسخها ولقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه
اجره وقوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه ولان القياس يابى
جوازها لان المعقود عليه المنفعة لان الاجارة وضعت لتمليك المنفعة والمنفعة
فيما يستقبل معدومة واضافة العقد الى معدوم سيوجد لا يصح كاضافة البيع
الى عين ستوجد وانما جوزناها للضرورة لان الانسان يحتاج الى منفعة عين لا يملكها
بملكه ولا يجد من العين ليشتري فينتفع به بملك الرقبة وصاحب العين لا يعيره
فلو لم تجز الاجارة لضاق الامر على الناس والقياس يترك للضرورة كما جوز السلم
للحاجة والضرورة واما تفسيرها فالاجارة لغة عبارة عن بيع المنفعة لانها
تعلقت واشتهرت لذلك ولهذا اشترط التاقيت ليبان ملك المنفعة والتاقيت في ملك
الاعيان باطل واما ركنها فالايجاب والقبول كما في البيع ولا تنعقد الاجارة بلفظة
البيع حتى لو قال بعت منك خدمة هذا الغلام شهرا وقبله الآخر كان باطلا ولو قال
بعتك اجرت منك جاز لان البيع وضع لتمليك الاعيان دون المنافع واما شرط جوازها
فشيئان اشياء اجل معلوم ومحل معلوم وبدل معلوم لان المنافع تصير معلومة بثلثة
اشياء احدها بالمدة كاستيجار الدار للسكنى والارض للمزارعة سنة وتارة تصير
معلومة بالتسمية في العقد كمن استاجر رجلا يوما على ان يصبغ او يخيطه او استاجر
دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او ليركبها مسافة معلومة وتارة تصير معلومة
بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا لينقل هذا الطعام واما حكمها فوقوع
الملك في البدلين ساعة فساعة الا اذا شرط تعجيل الاجرة واما كيفية انعقادها
فالاجارة عندنا تنعقد فيما بين المتعاقدين للحال وتنعقد ساعة فساعة في حق
الحكم وهو الملك على حسب حدوث المنفعة وعند الشافعي تنعقد في حق الحكم
للحال والصحيح قولنا لان المنافع معدومة حقيقة ومنفعة الدار سنة لا تتصور
وجودها في ساعة ولحظة فلا تمكن جعلها موجودة شرعا لان الشرع لا يرد
بتقدير المستحيل ولئن امكن جعلها موجودة حكما لكنه قلب الحقيقة والتغيير
فلا يصار اليها الا لحاجة ماسة وضرورة داعية والحاجة تندفع بانعقاد
العقد فيما بين المتعاقدين مضافا الى رقبة الدار فينعقد هذا العقد على رقبة الدار في
حق المنفعة بدليل انهما لو اضافا العقد الى المنفعة لا يجوز ولو اضافا الى الدار جاز
ثم ينعقد في حق الحكم على حسب حدوث المنفعة كما اذا اوصى لانسان بغلة بستانه ابدا
او بما يثمر نخله العام او بثلث ماله ولا مال له يصح بكذا هذا وانما يملك ان يواجر حجة
لان سبب الملك متى انعقد وصار بحال لو حدثت المنافع حدثت على ملكه فالشرع اطلق
له مباشرة السبب باعتبار الحاجة لانه لا يملك ايراد العقد على المنافع بعد
وجودها لانها لا تبقى فصار علة ولانه المملك فيما لا يبقى يثبت الولاية له على
التعجيل وقد وجد واما انواعها فانها نوعان احدهما اجارة على منافع الاعيان
كاستيجار العقار والعبيد والدواب والثاني اجارة على الاعمال كاستيجار الصباغ
والقصار والخياط ونحو ذلك وشرط جوازها ان يكون العين المستاجرة والعمل المواجر
معلوما والاجرة والمدة معلومة لانها عقد معاوضة لان الاجرة تجري مجرى الثمن والعمل

او المنفعة تجري مجرى المبيع واعلام الثمن والمبيع شرط لصحة العقد

باب ما يصلح اجرة في الاجارة ومتى يجب تسليمها

كل ما صلح ان يكون ثمنا في البيع صلح
ان يكون اجرة في الاجارة وما لا فلا لان الاجارة بيع المنفعة فيعتبر ببيع العين
والمكيل والموزون والثياب يصلح اجرة على الوجه الذي يصلح ثمنا والحيوان يصلح
ان يكون معينا او دينا فلا لان المنفعة مال والحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال
فمتى كان عينا يكون العين بالدين وهو المنفعة فجاز وان كان دينا يكون تمليك الدين بالدين
فلا يجوز الا المنفعة فان المنفعة تصلح اجرة في الاجارة اذا اختلف جنس المنفعة ولا
يصلح ثمنا في البياعات لان الثمن يجب ان يكون مملوكا بنفس البيع والمنفعة لا تصير مملوكة
بنفس العقد لانها معدومة وتصلح اجرة لان الاجرة يجوز ان لا تكون مملوكة بنفس العقد
كالمنفعة ولهذا يصلح ان تكون المنفعة مهرا في النكاح لانه ليس من شرط الامهار ان يكون
المسمى مملوكا بنفس العقد فانه لو سمى عبد الغير صح فكذا هذا ه واذا كان للاجرة حمل
ومونة ولم يبين موضع الايفا فسدت الاجارة عند ابي حنيفة وعندهما لا تفسد ويدفع
حيث الارض والدار وفي الحمولة حيث ما وجب له يعني كلما حمل من المسافة ياخذ حصته
من الاجرة وفي العمل حيث يوفيه العمل فان طالبه في موضع اخر لم يكلف بل يستوثق منه
ليوفيه في موضعه ه وان لم يكن له حمل ومونة اخذ به حيث شا وقد عرف هذا في السلم
والاجرة لا تملك بنفس العقد حتى لا يملك الاجر حبس المستاجر لاستيفا الاجرة وقال
مالك والشافعي تملك والصحيح قولنا لان المنافع لم تملك بنفس العقد لعدمها فكذلك
بدلها تحقيقا للتساوي بينهما كما في ساير المعاوضات لان المعاوضة تقتضي التسوية
بين البدلين ملكا بازا ملك وتسليما بازا تسليم نظرا للمتعاقدين دفعا للضرر عنهما
فان شرطا التعجيل في العقد او عجل ملكت لانه بالتعجيل او باشتراطه رضي بالتفاوت

فلم يسو التساوي مقتضى هذا العقد وتغير بتغييرهما تحقيقا لغرضهما في الرضى بالتفاوت
وللمواجر حبس المنافع حتى يستوفي الاجرة ويطالبه بها ويحبسه وله حق الفسخ ان لم
يعجل لان المنافع بمنزلة المبيع فكان له حق الحبس لاستيفا بدله ه ولو لم يشترط التعجيل
ياخذه بالاجر يوما فيوما في اجارة العقار وفي قطع المسافة ياخذ اجرة كل مرحلة
اذا انتهى اليها وروى عن ابي يوسف اذا سار ثلث الطريق او نصفه لزمه التسليم وقال
زفر لا يجب ايفا شي من الاجرة الا بعد انقضا جميع المدة او قطع المسافة وهو قول ابي
حنيفة اولا لان المعقود عليه المنفعة فما لم يسلم كله لم يجب تسليم شي من البدل كما في البيع
لا يجب تسليم شي من المبيع ما لم يسلم جميع الثمن فكذا هذا ولنا ان المعاوضة مبناها
على المساواة والمعادلة وقد صار احد العوضين مسلما منتفعا فيجب ان يكون الاجر
كذلك مسلما منتفعا تحقيقا للمعادلة الا في موضع الضرورة فاما الخياط والصباغ
وكل صانع لعمله اثر يحبس به فانه لا يستوجب الاجر حتى يوفي العمل كله لانه لا منفعة
للبعض فامكن تسليم المعقود عليه جملة فلا يجب تسليم شي منه بايفا بعض الاجرة
كما في البيع حتى لو عمل في منزل المستاجر فكلما عمل شيا استحق قسطه من الاجر لانه
منتفع به لا يمكن تسليمه جملة لانه يقع مسلما ولهذا لا يستحق الحبس فوجب الاجر
بقدر ما استوفى ه ولو شرط في الاجارة ان لا يسلم الاجر الا بعد انقضا مدة الاجارة
فذلك جايز لان الاجرة تقبل التاجيل لانه دين كالثمن المتفرقا رجل استاجر دابة
بالكوفة الى الري بالدراهم فعليه نقد الكوفة لانه مكان العقد فينصرف مطلق
الدراهم الى المتعارف في مكان العقد

باب تصرف المواجر

ولو باعه بالاجر متاعا وسلمه جاز لانه يتضمن اشتراط التعجيل ووجب الاجر دينا
في الذمة والشرا يتعلق بمثله دينا في الذمة فيقع المقاصة بينهما للحال لانهما قصدا

من اضافة الشرا الى الاجر ووقوع المقاصة بين الاجر وبين الثمن حتى تفيد هذه الاضافة المستاجر
نوع فايده فان تعذر ابقا العمل رجع بالدراهم دون المتاع لان المواجر ملك المتاع
بالشرا فيعتبر بما اوفى بالدراهم حقيقة ولو اوفاه بالشرا وانتقضت الاجارة رجع
بالدراهم فكذا هذا ۞ ولا يجوز بيع الاجرة العين قبل قبضها لانه بمنزلة المبيع الا ترى لو
هلك قبل القبض انتقضت الاجارة وعلى المستاجر اجرة مثلها وبيع المبيع المنقول قبل
القبض لا يجوز ۞ وبيع غير العين يجوز من المستاجر لانه دين بمنزلة الثمن فيجوز الاستبدال
به قبل القبض فان باعه بشي بعينه جاز بكل حال لانه بيع عين بدين وان كان بغير عينه
يشترط قبضه في المجلس لئلا يكون بيع الدين بالدين ۞ ولو تصارفا بالاجرة فاخذ بالدراهم
دنانير لا يجوز عند ابي يوسف الاخير وفي قوله الاول يجوز وهو قول محمد لمحمد ان قصدهما
من اضافة عقد الصرف الى الاجرة اثبات المقاصة بين الاجرة وبدل الصرف ولا
تثبت المقاصة الا بعد اثبات اشتراط التعجيل لان المقاصة بين بدل الصرف وبدين
وجب بعد الصرف لا يجوز فتضمن اقدامهما على المصارفة اشتراط التعجيل قبل كانهما
شرطا التعجيل قبل الصرف تصحيحا لصرفهما لابي يوسف ان المصارفة قد وقعت
بدين غير واجب لان الاجرة غير واجبة قبل استيفا المنفعة وقبل اشتراط التعجيل
فلا يمكن اثبات اشتراط التعجيل مقتضى المصارفة سابقا عليها لعدم الضرورة لان
المصارفة صحيحة من غير اشتراط التعجيل فان المصارفة باجرة غير واجبة وقعت
جايزة حتى اذا انقد في المجلس جاز فان المصارفة بدين لا يجب للحال جايز اذا انقد في المجلس
وانما تبطل بعد الصحة اذا لم ينقد الاجرة ومتى امكن ابقاعها على الصحة بانتقاد الاجرة
فلا ضرورة الى اثبات اشتراط التعجيل مقتضى بقا الصرف على الصحة ۞ وان كانت
الاجرة نقرة بعينها لا تجوز المصارفة بها بالاجماع لان الاجرة بمنزلة المبيع فالاستبدال

٥

بالمبيع قبل القبض لا يجوز ۞ ولو ابرا المواجر المستاجر من الاجرة او وهبه منه
او تصدق عليه لم يجز عند ابي يوسف عينا كانت او دينا ولم يكن نقضا للاجارة
لان الابرا اسقاط الدين والاجرة غير واجبة قبل استيفا المنفعة وغير مملوكة بنفس
العقد ان كانت عينا والهبة تمليك فاذا لم تكن الاجرة مملوكة لم تصح الهبة فلم يتضمن
نقضا للعقد وعند محمد يجوز ان كان دينا وان كان عينا ان قبل الهبة بطلت الاجارة
وان رد لم تبطل لان هذه التصرفات تضمنت اشتراط التعجيل فيصير شارطا للتعجيل
مقتضى هذه التصرفات سابقا عليها فصادفت هذه التصرفات الاجرة الواجبة
في الذمة ۞ وذكر ابو الليث في نوازله لو وهب المواجر اجر رمضان هل يجوز قال على قول
محمد ان استاجر سنة يجوز وان استاجر مشاهرة يجوز اذا دخل رمضان ولا يجوز
قبله وعلى قول ابي يوسف لا يجوز الا بعد مضي المدة ۞ ولو مضى من السنة نصفها
ثم ابراه من جميع الاجرة او وهبه منه فانه يبرا عن الكل عند محمد وعند ابي يوسف
يجوز البراة عن النصف ولا يجوز عن النصف ۞ فان جعل الاجرة عبدا وسلمه
فاعتقه الاجر ثم انهدمت الدار فعلى المعتق قيمة العبد لانه اعتق ما يملكه لان الاجرة
تملك بالتعجيل وقد فسدت الاجارة لان احد البدلين وهو العبد قايم معنى لانه فات
الى خلف وهو القيمة والمعاوضة تنفسخ بهلاك احد العوضين ولا ينفسخ كما في
بيع العرض بالعرض فلزمه رد العبد وقد عجز عن رده فلزمه رد قيمته كمن اشترى
عبدا بثوب فاعتق العبد ولم يسلم الثوب حتى هلك في يده فعليه قيمة العبد فكذا
هذا ۞ فان لم يقبض العبد وسكن الدار شهرا ثم اعتقه يجوز عتق رب الدار بقدر اجر
شهر وعتق المستاجر فيما بقي بنقض الاجارة لان بقدر اجر شهر صار ملكا لرب الدار

ويبقى الباقي على ملك المستأجر ٥ ولو استكمل السكنى قبل قبض العبد فمات العبد او استحق
كان عليه اجر مثلها بالغا ما بلغ وفي الاجارة الفاسدة تجب اجر المثل لا يجاوز به المسمى
والفرق بينهما ان المنافع انما تتقوم بالعقد وهنا التقوم في المنفعة بحكم عقد جائز
لان العقد كان جائزا حالة الاستيفاء في الشهر وانما فسد من بعد فصار التقوم فيه معلوما
من كل وجه فيجب قيمته بالغة ما بلغت ومتى كانت الاجارة فاسدة من الاصل فالعقد
ضعيف لفسادها موجود من وجه دون وجه فثبت التقوم من وجه بقدر المسمى
ولم يثبت فيما زاد على المسمى فاعتبرت الزيادة على المسمى مستوفاة بغير عقد ٥ ويجوز
الحوالة والكفالة بالاجرة لانه يتضمن ذلك اشتراط التعجيل عند محمد رحمه الله واما عند
ابي يوسف لان الرهن والكفالة وثيقتان والتوثق بدين سيجب جائز كما لو رهن
بالثمن في البيع بشرط الخيار ٥ ولو استأجر دارا وسكن فاستحقت فالاجرة للآجر
ويتصدق بها لانه ظهر ان المؤاجر كان غاصبا للدار اجرها والغاصب اذا اجر
المغصوب فالاجر له ٥ واذا وجد المؤاجر بالاجرة عيبا فان كان عينا لكون ادعى
فيه العيب فالقول للمستأجر لان الاجرة العين بمنزلة المبيع العين فان كانت دينا
بان كانت الاجرة عشرة دراهم او كر حنطة دينا فاقر انه قبض العشرة او الحنطة
ثم ادعى العيب يقبل لانه لم يقر باستيفاء حقه وانما اقر بقبض الدراهم لا غير ٥ ولو قال
قبضت من اجرة الدار عشرة او كر حنطة لا يصدق لانه اقر بقبض الاجرة والاجر
سليم عن العيب فيكون ذلك اقرارا بقبض حقه

باب تسليم المستأجر

وتسليم المعقود عليه في الاجارة هو التمكين من الانتفاع به لان التسليم عين المنفعة
لا يتصور فيقام التمكين من الانتفاع مقامه وذلك بتسليم المحل اليه بحيث لا مانع من الانتفاع
به ٥ فان عرض في المدة ما يمنع الانتفاع كما لو غصب الدار من المستأجر او غرق
الارض المستأجرة او انقطع عنها الشرب او مرض العبد او ابق سقطت الاجرة
بقدر ذلك لان العقد يتجدد في كل ساعة فيلزمه التسليم حالا فحالا وقد فات
التسليم لفوات التمكن من الانتفاع فيفسخ العقد بقدره ٥ ولو استأجر دارا سنة
فلم يسلمها الآجر حتى مضى شهر لم يكن لاحدهما الامتناع من التسليم والتسلم في الباقي
لان الاجارة عقد واحد حقيقة لكنها عقود متفرقة مضافة الى ما يوجد من
المنفعة ينعقد كل عقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فلا يفوت
بعض المعقود عليه فلا يتخير في قبض الباقي ومن مشايخنا من قال هذا اذا لم يكن رحمهم الله
الاجارة وقت يرغب في الاجارة لاجله فان كان في المدة وقت يرغب في الاجارة
لاجله زيادة عنه كحانوت يستأجر سنة لحركة السوق ورواجه في بعض السنة
او دار بمكة يستأجر سنة لاجل ايام الموسم فلم يسلم في الوقت الذي يرغب لاجله فانه
يتخير في قبض الباقي كما في البيع لانه فات غرضه من هذا العقد ويتضرر بالجبر
على قبض الباقي فجعلت الاجارة هنا صفقة واحدة كما هو الحقيقة دفعا للضرر
عنه كما في البيع ٥ فان سلمها الا بيتا رفع عنه من الاجر بحسابه لانه فات بعض
الاجر وله حصة من الاجر فيسقط حصته من الاجر كما في بيع العين ٥ واذا عمل
المستأجر فان كان لعمله اثر في العين كالصباغ والقصار وما اشبهه فله حبسه بالاجرة
وان ضاع فلا ضمان عليه ولا اجر له وقال زفر ليس له حق الحبس وان لم يكن لعمله اثر
في العين كالحمال والغسال لا يملك حبسه بالاجرة ولو حبس صار غاصبا فان ضاع
فله الاجر بالاجماع لزفر ان المعقود عليه وقع مسلما الى الآجر لاتصاله بملكه
اتصالا لا يمكن فصله فلا يستحق الآجر حبسه لنا ان العمل الذي له اثر يتصور

حبسه لحبس اصله وانه لم يقع مسلما الى المالك لان العامل انما قصد بما صنع اقامة
العمل لا التسليم اليه فلا يصير العمل مسلما فيسقط حبسه كما في بيع العين ويصير العين
تابعه للعمل هاهنا ضرورة ثبوت القدرة على الحبس بخلاف ما اذا لم يكن لعمله
اثر لانه لا يتصور حبسه لانه لم يوجد وصف قائم بالعين ليمكنه حبسه بحبس محله
بخلاف ما اورد انها حبث بحبسه للمحل وان كان لا اثر لعمله لانه لما رد عينا كان على
شرف الهلاك صار ذلك بمنزلة احيا العين وتمليكه فملك حبس العين كانه باعه
اياه ولم يوجد هنا احيا العين ولا وصف قائم به فلا يملك حبسه ◌ واذا استحق
الحبس كان العين امانة عنده عند ابي حنيفة كما قبل الحبس وسقط الاجرة بهلاكه
كما لو هلك المبيع في يد البائع وعندهما كانت مضمونة ◌ رجل استاجر رجلا
شهرا ليعمل له عملا مسمى باجر معلوم ثم قال له بلغ هذا الكتاب موضع كذا
ولك درهم لا يكون له اجران وله درهم واحد لانه يصير كانه فسخ الاجارة
في قدر ما يبلغ الكتاب فاذا بلغ الكتاب ورجع عاد الى الاجارة

الخامس

الوكيل بالاستيجار استاجر وقبض ومنع الامر حتى انقضت المدة فالاجر
على الوكيل ويرجع به على الموكل كما في الشرا لان الوكيل بالاستيجار كالوكيل
بالشرا فثبت حقوق العقد له ووجب عليه فالوكيل بالشرا لو حبس المبيع من
موكله وليس له حق الحبس بان كان اشتراه بثمن مؤجل وهلك في يده يرجع
بالثمن على الموكل فكذا الوكيل بالاستيجار لان الامر صار قابضا للدار بقبض
الوكيل حكما لانه نايب عنه في القبض فلا يسقط الاجر عن الموكل متى تلفت
المنافع في يد الوكيل بعد ما حبس عن الموكل لان هلاك المعقود عليه بعد
قبض العاقد فالامر لا يسقط البدل ولهذا لو انهدم شي من الدار يسكنى الوكيل الا

بعضه لانه لا يمكن ان يجعل الوكيل غاصبا الدار من صاحب الدار وله حق القبض
ولا يمنع الامر من الانتفاع كما لو منع المالك عن ماله حتى ضاع لا يصير غاصبا
◌ فان استاجر بشرط تعجيل الاجر لزم المستاجر ولم يرجع على الامر لان
له حق المنع والحبس بالاجر اذا كانت الاجرة معجلة بحق العقد فصار كالمالك
في حكم ضمانه ولو كان مالكا لو استاجر ثم اجر وحبس كان مضمونا عليه
عليه فكذلك الوكيل بالاستيجار صار كانه استاجر لنفسه ثم اجر من موكله
بشرط تعجيل الاجر ثم منع الدار منه حتى مضت المدة لم يكن له على الموكل اجرة

باب انتقاض العمل في الاجارة

عن محمد رحمه الله في الخياط
اذا خاطه باجر ففتقه رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر للخياط
لانه تلف قبل التسليم فسقط البدل ولا يجبر الخياط على ان يعيد عمله لانه قد
فرغ من العمل المعقود عليه وقد هلك فلا يجبر ثانيا على العمل فان كان الخياط
هو الذي فتقه فعليه ان يعيده لانه لما فتق فقد نقض العمل فيصير كانه لم يعمل
فاما في حق الاجنبي لا يمكن ان يجعل فتقه ونقضه كانه لم يعمل الا ترى انه يلزمه
الضمان وفي الخياط لا يلزمه وكذلك الملاح اذا حمل الطعام الى موضع فرد
السفينة انسان فلا اجر للملاح وليس عليه ان يعيد السفينة فان ردها الملاح
بنفسه لزمه اعادة الحمل الى الموضع المشروط عليه ◌ فان كان الموضع الذي
رجعت اليه السفينة لا يقدر رب الطعام على قبضه فعلى الملاح ان يسلمه
في موضع يقدر على قبضه ويكون له اجر مثله فيما سار لانه امكن صون ماله
مع مراعاة حق صاحب السفينة بايجاب اجر المثل له وهذا كمن استاجر
سفينة مدة معلومة فانقضت المدة في وسط البحر فانه يترك السفينة

في بدء فأجر المثل ولو اكترى سفينة الى موضع يحمل فيها طعاما فلما بلغت السفينة
الموضع او بعض الطريق ضربتها الريح وردتها الى الموضع الذي اكتراها قال
محمد ان لم يكن المكتري معها فلا كرا عليه لانه انتقض الحمل بالرد فلم يستوف المعقود
عليه بنفسه فلا يلزمه البدل وان كان معها فعليه الكرا بقدر ما سار لانه
استوفى المعقود عليه بنفسه وكذلك ان اكترى بغلا الى موضع فركبه فلما
سار بعض الطريق جمح به فرده الى موضعه الذي خرج منه فعليه من الكرا
بقدر ما سار لانه صار مستوفيا للمنفعة بنفسه فلا يسقط عنه البدل بعد
التسليم ٥ هشام عن محمد ان رجلا تكارى سفينة ليذهب بها الى موضع فيحمل
كذا ويجي به فذهب بالسفينة فلم يجد الذي امر بقلانه فرجع قال يلزمه كرا
السفينة في الذهاب فارغة ٥ فان قال اكتريتها منك على ان احمل لي طعاما الى
ها هنا من موضع كذا فلم يجد الطعام فلا شي من الكرا **الجامع الصغير**
استاجره ليذهب الى البصرة فيجي بعياله وهم معلومين فوجد بعضهم قد
ماتوا فجا بمن بقي فله الاجر بحساب ذلك لان المعقود عليه الحمل فسقط
من الاجر بقدر ما لم يوف من العمل ٥ ولو استاجره ليذهب بكتابه الى فلان
بالبصرة ويجي بجوابه فذهب فوجد فلانا غايبا او ميتا فان ترك الكتاب
ثمة ليوصل اليه اذا حضر الغايب او الى ورثته ان كان ميتا فله الاجر في
الذهاب لانه اتى بما في وسعه لانه مامور بالايصال ولا وسع له في
الايصال بابلغ من هذا اذا لم يجد الموصل اليه وان رد الكتاب فلا اجر له
عندهما وعند محمد له اجر الذهاب ٥ ولو استاجره ليحمل طعاما الى فلان فذهب
فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له بالاجماع لمحمد في الفرق بين المسالتين ان نقل الطعام

عمل يقابله الاجر لما فيه تحصيل من المشقة وقد نقضه بالرد فاما حمل الكتاب
فليس بعمل يقابله الاجر لانه ليس بمتقوم لانه ليس له حمل ومونة وانما يقابل
بقطع المسافة وقطع المسافة في الذهاب وقع له ولهما ان المقصود نقل
الكتاب الى فلان لا قطع المسافة لان المقصود تحصيل العلم للمحمول اليه فلا يحصل
العلم له الا بنقل الكتاب والاجر يقابل بالمقصود فاذا عاد بالكتاب فقد
نقض العمل الذي يقابله الاجر فيسقط البدل كمسالة الطعام فاما اذا ترك
الكتاب ثمه فقد وجد النقل ولم ينقض بالرد فيستحق اجر الذهاب وكذا
لو استاجر رسولا ليبلغ رسالته الى فلان ببغداد فلم يجد فلانا وعاد فله الاجر
لان الاجر يقابل قطع المسافة لانه في وسعه فاما الاسماع فليس في وسعه
فلا يقابله الاجر

باب اجارة العقار

استاجر دارا
ولم يسم من يسكنها جاز استحسانا وله ان يسكنها ويسكن غيره ويضع فيها
ما بدا له من الثياب والحيوان ويعمل ما يريد الا ما يوهن البنا كالقصارة والحدادة
والطحانة فرق بين هذا وبين ما اذا استاجر ارضا للزراعة لم يجز حتى يسمي ما
يزرع فيها والفرق ان منافع السكنى غير متفاوتة اذا لم يكن فيها ما يوهن البنا
لان الانتفاع المعتاد المتعارف فيما بين الناس بالعقار انتفاع لا يوهن البنا ولا
يضر به فصارت المنافع معلومة عرفا فانصرف مطلق العقد اليه وما
يوهن البنا صار مستثنى عنه عرفا لان المالك لم يرض بالسكنى على وجه يوهن
البنا فاما منافع الزراعة مختلفة لان منها ما هو اضر بالارض من غيرها
فلم يجز العقد مع الجهالة ٥ وله ان يربط فيها دابة لانه من مرافق السكنى
قالوا هذا اذا كان في الدار سعة وان كان فيها ضيق لا يكون له ربط الدابة

فيما لانها لا تصلح لذلك ● ولو استاجر بيتا ليقعد فيه قصارا فاراد ان يقعد
حدادا جاز ان كانت مضرتهما واحدة او مضرة الحداد اقل فان كانت
اكثر فلا وكذلك الرحا لان المالك رضي بمنفعة سكنى يضر بالبنا ويوهن
فاذا لم يكن في ذلك زيادة ضرر لم يرض بها الاجر لم يمنع من ذلك لان منفعة
السكنى متحدة وصفته مختلفة فيكون العبرة في ذلك للضرر فاذا لم يتفاوت
الضرر لم يمنع الجواز ● ولو استاجرها على ان ينزلها وحده فله ان ينزل
امراته ودوابه لان هذا شرط لا فايدة فيه ولا منفعة فان سكنى غيره مما لا
يضر بالدار فكان شرطا ضايعا وجوده وعدمه بمنزلة كما لو اشترى دارا
بشرط ان لا يسكن ● استاجر دارا على ان لا يسكنها فهو فاسد لانه شرط ما لا
يقتضيه العقد ولاحدهما فيه منفعة وهو الاجر لان المستاجر اذا لم يسكن
فانه لا تمتلي بير الوضو والمخرج فاذا سكن تمتلي وعلى الاجر تفريغها ففيه ضرره
وكل شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين يفسد العقد وعلى هذا ينبغي انه اذا
شرط ان يسكن هو وحده ان لا يجوز لانه متى اسكن مع نفسه غيره تمتلي بير البالوعة
والمخرج اسرع مما لو سكن المستاجر وحده فيتضرر به الاجر فيكون للاجر في هذا
الشرط نوع منفعة الا ان موضوع تلك فيما اذا لم يكن في الدار بالوعة ولا بير وضو
حتى لا يكون للاجر في ان لا يسكن غيره منفعة لانه لا يتضرر باسكان غيره اذا كانت
الحالة هذه لان كثرة السكان لا يوهن البنا ولا يفسده ● استاجر دارا على ان يسكنها
فلم يسكنها وجعل فيها حبوبا فليس للاجر استردادها لان وضع الحبوب فيها
من جملة السكنى الذي يتعارف الناس بها من السائر وتوابعها ● رجلان استاجرا
منزلا وشرطا فيما بينهما لا في اصل الاجارة ان يسكن احدهما اقصاه والاخر

مقدمه فالاجارة صحيحة والشرط باطل لان العقد خلى عن الشرط المفسد
الا ان هذه مواضعة منهما على المهاياة ولكل واحد من الشريكين ان ينقض
المهاياة لما عرف فاما اذا اشترطا ذلك في العقد هل يفسد قيل يفسد لانه
شرط لا يقتضيه العقد وخالف موجبه لان المهاياة على هذا الوجه لا يقتضيه
العقد ولاحدهما فيه منفعة فيفسد العقد وقيل لا يفسد لان ذلك يكون
استيفاء على المالك ان يواجر من كل واحد منهما مقاما معينا فيصير كان الاجر
قال اجرت من هذا مقدمه بكذى ومن الاخر موخره بكذا فيصير كل واحد
مستاجرا من المالك ما عين ولو نصا على ذلك كان جائزا فكذا اذا اطلقا بالشرط

باب اجارة الاعيان والامتعة

استاجر ثوبا ليلبسه
يوما فليس له ان يلبس غيره فان لبس فهو غاصب ولا اجر عليه لان الناس يتفاوتون
في اللبس فاحشا فان لبس القصاب ليس كلبس البزاز كما في الركوب بخلاف الدار
اذا اسكنها قصارا وسلمت تجب الاجر لانه لم يخالفه في اصل السكنى لان اصل
السكنى متحد والتفاوت فيه يسير غير معتد لو خالفه في الزيادة فصار مستوفيا
المعقود عليه فيجب الاجر فاما اللبس في نفسه مختلف لتفاحش التفاوت بين
بين اللابسين فلتفاحش التفاوت الحق بجنسين مختلفين فانعقدت الاجارة على لبسه
خاصة فلم يصر مستوفيا المعقود عليه بلبس غيره فلم يجب الاجر ● فان لم
يسم من يلبس فالاجارة فاسدة لان اللبس لما كان متفاوتا متفاحشا فجهالة من
يلبس يوقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فان لبسه في هذه المسالة
او البسه غيره فعليه الاجر لان العقد وقع على مطلق اللبس فانه بينا ولو لبسه
ولبس غيره فيكون الداخل تحت العقد لبس احدهما لان استيفاهما جميعا في مدة واحدة

يتعذر كما لو استاجر رجلا يوما للعمل كان الداخل تحت العقد عمل واحد
لان استيفا الاعمال كلها متعذر فكذا هذا فايهما ما تعين كان هو الداخل تحت
العقد فاذا لبسه غيره فقد تعين المعقود عليه حالة العقد لان الاجارة
تتجدد وانعقادها ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ومتى تعين
المعقود عليه حالة العقد فقد ارتفع المفسد فيعود جائزا وكذلك لو تكارى
دابة ليركب او يحمل عليها ولم يبين من يركب وما يحمل ثم حمل شيئا او ركب هو او
غيره تعود جائزة ولو مضت مدة اللبس ولم يلبس لزمه الاجر لانه تمكن من استيفا
المعقود عليه وهو اللبس فيلزمه الاجر كما لو استاجر دابة ليركب يوما
فحبس في منزله ولم يركبها فعليه الاجر فان ارتدى به فعليه الاجر كاملا لانه
استوفى المعقود عليه وهو اللبس ۞ وان اتزر به ضمنه ان تخرق وان سلم فعليه
الاجر لان الاتزار به في افساد الثوب فوق اللبس قميصا وقد اذن له بلبس القميص
فاذا استوفى الزيادة صار ضامنا فاما الارتدا في افساد الثوب دون لبسه
قميصا او مثله فكان ماذونا به ۞ استاجر درعا فانه يلبسه النهار وفي
اول الليل واخره ولا ينام فيه لان العرف فيما بين الناس انهم لا يلبسون ثوب
الصيانة والتجمل والتزين فيما بين طرفي الليل بل ينزعون ويخلعون عنه والثابت
عرفا كالثابت شرطا فصار اللبس فيما بين طرفي الليل مستثنى عن الاجارة
عرفا فاما اذا كان الثوب ثوب بذلة ومهنة فله ان يلبس الليالي كلها لان
اللفظ باطلاقه يتناول الليالي كلها لان الايام ذكرت باسم الجمع فيتناول ما
بازائها من الليالي ولم يثبت الاستثنا عرفا لان العرف في ثياب البذلة انهم لا
ينزعون فوجب العمل بعموم اللفظ ۞ فان نام فيه فتخرق لا من النوم لا ضمان عليها

فان تخرق من النوم فهي ضامنة منه لانها كانت غاصبة وليس عليها اجر تلك الساعة
وعليها اجر ما قبلها وما بعدها لانه استوفينا بحكم الاجارة لانه لما انتهت فقد
تركت الخلاف وعقد الاجارة قائم فيعود امينا وتكون مستوفية المنفعة بحكم
الاجارة فاما حال لبسها نائمة كانت غاصبة ويد الاجارة زائلة لان تلك الساعة
لم تدخل تحت الاجارة فلم تصر مستوفية بحكم الاجارة ۞ وان كان ثوب بذلة
ومهنة كان لها اللبس حالة النوم لان ثوب البذلة يلبس حال النوم عادة كما يلبس
حالة اليقظة فلم يصر مستثنى عن الاجارة لا عرفا ولا شرطا فان سلم فعليها
الاجر كله ۞ ولو لبسته جاريتها بغير اذنها فلا ضمان عليها لانه لم يوجد منها
الجناية ۞ ويجوز استئجار الميزان والمكيال والسرج ولا يدفعه الى غيره للركوب
لان الناس يتفاوتون في الركوب كما في اللبس ۞ واستئجار الاكاف جائز وحطته
وحطة غيره سوا لانه لا تفاوت بينهما ۞ ويجوز استئجار الحلي للمراة ولا تلبسه
غيرها لان الناس يتفاوتون في لبس الحلي كما يتفاوتون في لبس الثوب ۞ استاجر
سترا وقتا معلوما جاز لانه استاجر ما يمكن الانتفاع به مع بقا عينه والمعقود
عليه معلوم ببيان المدة فجاز **فصل** استاجر قبة لينصبها في بيته شهرا
فنصب في الشمس والمطر وانه يضرها ضمن لان النصب في الشمس والمطر
مستثنى من الاجارة عرفا لانه يضر بالقبة فصار كما لو كان مستثنى شرطا
الا اذا سلمت فعليه الاجر وله ان ينصبها في دار اخرى في المصر لان الدارين
في مصر واحد سوا في حق الحاق مونة الرد بالمالك ۞ ولو اخرجها الى السواد
ضمن لان الانتفاع بها خارج المصر مما يلحق بالمالك ضررا كبيرا وهو مونة
الرد فان مونة الرد على الاجر وربما تربى مونة الرد على الاجرة وبالانتفاع

لمعاني المصر لا يلحقه هذا الضرر وكان بين الانتفاعين تفاوتا فاحشا فلم يتناول
العقد الانتفاع خارج المصر فقد استوفى ما لم يتناوله العقد فلم يلزمه الاجر
ومؤنة رد المستاجر على رب المال لانه اعتاض عنه ه واستاجر الفسطاط
الى مكة ذاهبا وجائيا ولم يبين متى يخرج ففاسد قياسا لجهالة وقت الخروج
وجائز استحسانا ويخرج كما يخرج الناس لان وقت خروج الحاج معلوم عرفا
والمعلوم عرفا كالمعلوم شرطا وليس له ان يدفع الى غيره عند ابي يوسف وقال
محمد له ذلك لان الناس لا يتفاوتون في السكنى الا ترى انه اذا اخرج الفسطاط مع
نفسه كان له ان يسكن غيره والتفاوت في النقل والتحويل والنصب والقلع تفاوت
يسير فلا يعتبر فلا يمنع جواز الاجارة كما لو استاجر عبدا ليخدمه في طريق مكة
كان له ان يؤاجر من غيره ولابي يوسف ان الناس يتفاوتون في نقل الفسطاط
والخيمة وفي نصبه وقلعه تفاوتا فاحشا ورب انسان ينقله مهورا ولا يفسده
لمعرفته وهدايته نصبه وقلعه فصار كالملبوس والمركوب بخلاف العبد لان
ما يلحقه من زيادة تعب ومشقة بنقل الثاني وتحويله يمكنه دفع ذلك عن نفسه
لانه حافظ لنفسه ه ولو لم يستطع نصبه لانقطاع اطنابه او انكسار عموده فلا
اجر عليه وفي الوتد يجب الاجر لان الوتد يكون من قبل المستاجر عرفا واما الاطناب
والعمود من قبل الاجر فاذا انقطعت وانكسرت فقد عجز عن الانتفاع فيسقط
الاجرة بقدره كما لو انقطع الماء في اجارة الرحى ه ولو استوقد بالسراج او
بالنار ان كان فعل ما يفعله الناس لا يضمن لان هذا القدر دخل تحت
الاجارة عرفا لانه لا بد للساكن من السراج في اوقات الظلام للضياء وكذلك
الوقود لا بد منه في اوقات البرد والطبخ والخبز الا ان يشترط ان لا يوقد ولا

يسرج فيضمن ان فعل وان جاوز المعروف ضمن لانه حصل بغير اذن المالك ه واذا
انقطعت اطنابه فصنعها من عنده ونصبه فعليه الاجر كله وينفك الاطناب
لانه استوفى منفعة السكنى والسكنى انما يكون بالفسطاط لا بالاطناب وان كان
لا يتوصل الى السكنى الا بها الا ان الاطناب تبع للفسطاط فانه لا ينتفع بها السكنى والاجر
لا يقابل التبع فيكون كله بازاء منفعة الفسطاط كما لو استاجر رحى الماء فانقطع ماؤه
ويكلف لاجر الماء فعليه الاجر كله فكذا هذا ه استكرى فسطاطا ثم خرج الى مكة
فخلفه في الكوفة حتى رجع ضمن ولا كرا لانه خالف حين خلف لانه امسكه في
موضع لم يؤذن له بالامساك فان المالك رضي بامساكها على وجه يجب الاجر
ولا اجر عليه لهذا الامساك لانه لم يمسكها في المكان الذي اضيف اليه العقد
فيصير غاصبا كما اذا استاجر دابة الى مكة فامسكها بالكوفة حتى رجع
ضمن ولا اجر عليه فكذا هذا والقول للاجر مع يمينه على علمه لان اختلافهما
وقع في التسليم في المكان الذي اضيف اليه العقد فيكون القول له لان الظاهر يشهد
له والرد على المستاجر لانه بمنزلة الغاصب ه تكارى الفسطاط الى مكة
ذاهبا وجائيا فخلفه بمكة فعليه الكرا ذاهبا وهو ضامن لقيمة الفسطاط يوم
خلفه والفسطاط له لانه امسكه في موضع لم يؤذن له بالامساك فيه فيصير
ضامنا فان لم يخلفها حتى حج من قابل ورجع بالفسطاط فلا اجر عليه في الرجعة
لان العقد تناوله في العام الماضي لا في العام القابل

ما في الاوقات التي تقع عليها الاجارة

الاجارة نوعان معقودة ومضافة
الى زمان في المستقبل والمعقودة للحال نوعان موقتة ومطلقة اما الموقتة فهو ما
اذا استاجر دارا شهرا او شهورا معلومة ان وقت الاجارة في اول الشهر يعتبر

مالاهله وان وقعت في خلال الشهر فعند ابي حنيفة تعتبر بالايام كل شهر ثلثون
يوما وعندهما تتم الشهر الاول بالشهر الاخر بالايام وتعتبر فيما بينهما بالاهلة
وقد مرت في كتاب العدة واما المطلقه وهي الاجارة الطويله فهي نوعان احدهما
لو اجر كل شهر بكذا لزمت الاجارة في الشهر الاول ولكل واحد نقضها راس
الشهر فان سكنها من الشهر الثاني يوما لزمه وليس لاحدهما نقضها واختلف
مشايخنا في جواز هذه الاجارة في الشهر الثاني وفي كيفية ثبوت الخيار لهما وفي
كيفية امكان الفسخ وفي صحة فسخ احدهما بغير محضر الاخر اما الاول فقيل
الاجارة في الشهر الاول جائزة وفيما عداه في الحال فاسدة ثم انقلبت جائزة بدخول
كل شهر والصحيح ان الاجارة في كل جائزة واطلاق محمد ان الاجارة جائزة يدل
على هذا لان كلمة كل تناولت كل شهر لان كلمة كل تعم الاسما وتنظمها
وابتداوه وانتهاوه معلوم فكما جاز العقد في الشهر الاول جاز فيما عداه واما
الثاني فقيل انما ثبت خيار الفسخ لكل واحد منهما لان الاجارة في الشهر
مضافة الى وقت في المستقبل ولكل واحد فسخ الاجارة المضافة الى وقت في
المستقبل والصحيح ان الاجارة في كل شهر مرسلة منجزة غير مضافة الا
انه ثبت الخيار لكل واحد راس كل شهر لنوع ضرورة وهي نفي الضرورة
لانه لو لم يثبت خيار الفسخ راس كل شهر لزال رقبة المستاجر عن ملك المواجر
معنى لانه لا يملك السكنى ولا بيعه ولا هبته ابد الدهر لانه لا نهاية لجملة الشهور
فلهذه الضرورة اثبتنا ولاية الفسخ لكل واحد لتعامل الناس واما الثالث وهي
كيفية الفسخ فان راس الشهر عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال وكما اهل الهلال
مضى راس الشهر فلا يمكن نقضها لم فسد يقول بل مضى الشهر فسخت هذه الاجارة

تتوقف الفسخ على انقضا الشهر فاذا انقضى الشهر نفذ ويجوز ان يتوقف
نفاذ الفسخ على وقت كما اذا اشترى عبدا على انه بالخيار فحم العبد ففسخ
يتوقف الفسخ لحكم الخيار الى ان تزول الحمى وكذا رب المال اذا فسخ المضاربة ومال
المضاربة كان عروضا يتوقف الى ان يصير مال المضاربة ناضا وقيل يقول
اذا انقضى الشهر فقد فسخت الاجارة لانه يصح اضافة الاجارة الى وقت
في المستقبل وكذلك الفسخ اعتبارا للفسخ بالعقد واما الرابع لو فسخ احدهما
الاجارة بغير محضر صاحبه قيل لا يصح عندهما خلافا لابي يوسف كما في خيار الشرط
وقيل لا يصح في قولهم جميعا فابو يوسف يحتاج الى الفرق بين الاجارة وبين خيار
الشرط والفرق ان المشروط له انما يملك الفسخ بغير محضر صاحبه لانه
مسلط على الفسخ من جهته فصار كالوكيل بالبيع وهنا كل واحد منهما غير
مسلط على الفسخ من جهة صاحبه بل هو مسلط على الامتناع من جهة صاحبه
وانما ثبت الخيار لنوع ضرورة فصار كما لو ثبت له حق الفسخ لسائر الاعذار
وفي سائر الاعذار لا يصح الفسخ الا بمحضر صاحبه فكذا هذا واما الثاني من
الاجارة الطويلة التي يفعلها الناس في بعض البلاد انهم يواجرون الدار او
الارض ثلثين سنة متوالية غير ثلثة ايام من اخر كل سنة ويجعل للتسعة وعشرين
سنة اجرا قليلا وبقية الاجر للسنة الاخيرة لم تقبل هذه الاجارة لا تجوز عند
ابي حنيفة لانها اجارة واحدة شرط فيها الخيار اكثر من ثلثة ايام وهذا يفسد
الاجارة كما في البيع والصحيح انه يجوز بالاجماع لان هذا ليس بشرط الخيار في الاجارة
بل هذا استثنا ثلثة ايام في اخر كل سنة عن الاجارة على ان هذه الايام لم تدخل في هذه
الاجارة ولم يثبت حكم الاجارة في هذه الايام المستثناة وهذا لا يفسد الاجارة

كما لو اجر هذه الدار عشر سنين الا السنة الثانية والثالثة جاز فكذا هذا ◉
والاجارة المضافة الى وقت في المستقبل بان قال في شهر رمضان اجرتك هذه
الدار سنة اولها غرة محرم تجوز وعند الشافعي لا تجوز ما لم يكن اول المدة عقيب العقد
بناء على ان عنده الاجارة تنعقد على المنافع الموجودة حكما فاذا اضاف الى زمان
في المستقبل فقد اضاف الى منافع ستوجد في المستقبل فلا يصح وعندنا العقد
ينعقد فيما بين المتعاقدين للحال وفي حق الحكم ينعقد ساعة فساعة على حسب
حدوث المنفعة فلم يكن في الاضافة تغيير مقتضى العقد فجاز ◉ ولو قال رجل
اجرتك داري هذه غدا بدرهم ثم انه اجرها اليوم من اخر الى ثلثة ايام ثم جاء
الغد فللمستاجر الاول ان ينقض الاجارة في رواية وفي رواية ليس له ذلك لما
مر في البيوع **المسائل** قال ابو يوسف رجل استاجر من رجل حانوتا كل شهر بثلثة
دراهم فقال صاحب الحانوت بعد ما مضى شهران ان رضيت كل شهر بخمسة والا
ففرغ الحانوت فلم يفرغ وسكن فيه تجب عليه كل شهر خمسة دراهم لان سكناه
رضا به دلالة كما لو ساوم البايع ثوبا فقال بعشرة وقال المشتري بتسعة
فان سلم البايع الى المشتري يكون البيع بتسعة لان تسليمه يكون رضا بتسعة وان
اخذه المشتري منه يكون بعشرة لان الاخذ منه يكون رضا بالعشرة فكذا هذا
ه فان قال المستاجر لا ارضى بخمسة وسكنها لا تجب عليه الا الاجر الاول وكذلك
رجل رعى غنم رجل كل شهر باجر مسمى فقال الراعي لصاحب الغنم لا ارعى غنمك
بعد هذا الا ان تعطيني كل يوم درهما وسكت صاحب الغنم وترك غنمه مع
الراعي تجب عليه كل يوم درهم لان سكوته يكون رضا بما قال الراعي دلالة
وروي عن محمد رجل استاجر ثوبا ليلبسه كل يوم بدانق فوضعه في بيته ولم

يلبسه حتى مضت عليه سنون ثم رده فعليه كل يوم دانق الى الوقت الذي علم انه
لو لبسه لكان لا يتخرق فاذا مضى وقت علم انه لو كان لبسه تخرق سقط عنه الاجر

باب الاجارة على احد الشرطين

مسايله على قسمين اما ان
اورد الاجارة على احد شيئين وسمى لكل واحد اجرا معلوما او جمع بينهما في الاجارة
وسمى لكل واحد اجرا فان اوقع الاجارة على احد شيئين بان قال اجرتك هذه الدابة بكذا
او هذه الاخرى بعشرة وكذلك في عبدين او قال اجرتك هذه الدابة الى واسط بكذا
او الى الكوفة بكذا جاز وكذلك ثلثة اشيا ولم يجز ذلك في اربعة اشيا لانه
تخيير بين عقدين مختلفين ببدلين معلومين فايهما ما اختار يلزمه ببدل معلوم فلا يقع
المنازعة ولا يجوز فيما زاد على الثلثة استدلالا بالبيع لان الاجارة معاوضة مثله
البيع فلما جاز التخيير بين ثلثة اشيا في البيع فلان يجوز في الاجارة وقد يتسامح في الاجارة
من تحمل الجهالة والخطر ما لا يتحمل في البيع اولى الا انه يفارقه من وجه وهو انه تصح الاجارة
في احدى المنفعتين من غير شرط الخيار ولم يصح في البيع الا بشرط الخيار في رواية لان
الاجرة لا تجب بالعقد وانما تجب باستيفاء المنافع ومتى استوفى احدى المنفعتين
فقد صار المعقود عليه معلوما فلا حاجة الى الخيار حينئذ وفي البيع الثمن يجب
بنفس العقد والمبيع لا يصير معلوما الا بالاختيار فيفتقر الى شرط الخيار ◉
واما اذا جمع بين العملين في الاجارة بان دفع ثوبا الى الخياط فقال ان خطته فارسيا فلك
درهم وان صبغته بزعفران فدرهمان جاز بالاجماع وكذلك لو قال اجرتك هذه
الدابة الى الحيرة بدرهم والى القادسية بدرهمين جاز بالاجماع لان الاجر هنا لا
يجب الا بالعمل لان المعقود عليه نفس العمل والجهالة لا تبقى عند العمل بل يصير الاجر

معلوما وقت العمل ولو اجر دارا على انه ان قعد فيها خياطا فبدرهم وان قعد قصارا
او حدادا فبدرهمين جاز عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز وكذلك لو استاجر دابة
الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة
فبدرهم فعلى هذا الخلاف لهما ان الاجر مجهول وقت الوجوب لان الاجر انما يجب
بالتسليم من غير عمل ولا ندري عند التسليم اي الاجرين يجب اجر الخياطة او القصارة
بخلاف الفارسية والرومية لان الاجر لا يجب الا بالعمل والعمل معلوم حال وجوده
فيكون الاجر معلوما حال الوجوب وله ان الاجرة معلومة وقت الوجوب لانه ان
سكن عقيب التسليم صارت الاجارة معلومة وان ترك السكنى يجب اقل الاجرين
وهو المقابل بادنى العملين لانه متيقن الوجوب في الحالين لان الدرهم واجب ان قعد
خياطا او حدادا والزيادة عليه مشكوك فيها فلا يجب بالشك ولو اعطى ثوبا
خياطا فقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فالاول
صحيح والثاني فاسد عند ابي حنيفة وعندهما الشرطان صحيحان وعند زفر كلاهما
فاسدان زفر قال ذكر اليوم للتعجيل والاضافة الى الغد للترفيه والتيسير
الموجود
لا للتعليق لان الاضافة تذكر للترفيه عادة واذا لم يرد فيه كان العقد في
الغد موجودا في اليوم والعقد الموجود في اليوم موجود في الغد فاجتمع في كل
يوم عقدان بتسميتين مختلفتين درهم ونصف درهم فيفسد العقد لهما ان
ذكر اليوم للتاقيت حقيقة وللتعجيل مجاز والاضافة الى الغد للتعليق حقيقة ولغيره
لا واثر التاقيت ان لا يبقى الموقت بعد مضي الوقت واثر التعليق ان لا يكون موجودا
قبله فلا يجتمع في كل يوم عقدان فيصحان وله ان ذكر اليوم للتعجيل دلالة

لان اليوم قد يذكر للاستعجال عادة وقد قامت هنا الدلالة على انه اراد به
الاستعجال وهو حط بعض الاجرة في الغد لان نقصان الاجر لتاخير العمل
فبان ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتاقيت والاضافة الى الغد للتعليق لان المضاف
الى زمان معدوم في الحال كالمعلق بالشرط في المال فلا يكون موجودا قبل الشرط
فلا يجتمع في اليوم تسميتان فصح العقد واذا لم يعجل العمل كان العقد باقيا في
الغد فاجتمع في الغد تسميتان متعارضتان فيفسد العقد ولو خاطه في الغد
فانه يجب اجر المثل لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم في ظاهر الرواية
عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية عنه لا يزاد على نصف درهم لان الزيادة على
نصف درهم زيادة على المسمى في الغد والزيادة على المسمى لا تستحق في الاجارة
الفاسدة وجه ظاهر الرواية اجتمع في الغد تسميتان الاقصى والادنى
لان التسمية الاولى لا تنعدم بمجي الغد وقد اعتبرت التسمية الاقصى لمنع
الزيادة عليها فيجب ان يعتبر الادنى لمنع النقصان عنه ليكون لكل واحد من
التسميتين حظا في تحديد اجر المثل ولو خاطه في اليوم الثالث فالصحيح
عند ابي حنيفة انه لا يجاوز به نصف درهم لانه اذا لم يرض بتاخيره الى الغد
باكثر من نصف درهم فالى ما بعد الغد اولى والصحيح عندهما انه ينقص عن
نصف درهم ولا يزاد عليه هذا اذا جمع بين اليوم والغد فاما اذا افرد
العقد على اليوم بان قال ان خطته اليوم فلك درهم فخاطه في الغد هل يستحق
الاجر عند ابي حنيفة قيل لا اجر له لان ذكر اليوم للتاقيت حقيقة وللاستعجال
مجاز ولكن قامت الدلالة على المجاز حالة الاجتماع ولا دلالة حالة الانفراد
فبقي للتاقيت حقيقة وقيل له الاجر لانه متى ذكر التاقيت مع العمل فاعتبار

الثالث ان كان لا يبقى العقد في الغد فباعتبار ذكر العمل يبقى الى الغد لان ذكر
العمل تكون الاجارة منعقدة على العمل والعقد كان ثابتا فلا يرتفع بالشك الا انه
اعتبر عقدا فاسدا لان ذكر التأقيت مع ذكر العمل مفسد للاجارة لما بينا

النوادر ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فلا اجر لك فان
خاطه في اليوم فله درهم وان خاطه في الغد فله اجر مثله لا يزاد على درهم
بالاجماع لان الشرط الثاني فاسد لان نفي الاجر بتاخير الخياطة عن اليوم فاسد
لما فيه من الخطر لانه لا يدرى انه يوجد الخياطة في الغد ولا تجب الاجرة
او لا يوجد فتجب الاجرة فتكون بمعنى القمار ثم جعل ذلك اجارة في الغد لا
استغنائه منه لانه اسقط الاجر بعوض يحصل للخياط وهو منفعة التاخير فان
للخياط نوع منفعة في التاخير فيكون اسقاطا بعوض لا مجانا فيجعل اجارة
فاسدة ۝ ولو استأجر يوما بدرهم فان بدا له فكل يوم بدرهم فالاجارة
فاسدة قياسا لانه علق الاجارة فيما عدا اليوم الاول بالخطر لانه ربما يبدو
له وربما لا يبدو له فصار كانه قال ان فعلت كذا فاجرت منك وفي الاستحسان
جائزة لان الاجارة فيما عدا اليوم معلقة بالمشية والارادة فيكون تفسيرا
للقبول لان القبول لا يكون الا عن مشية فكانه قال اجرتك فيما عدا اليوم الاول
ان قبلت ولو صرح بهذا كان جائزا ولا يكون تعليقا بالخطر بل تفسيرا للعقد
كما لو قال بعت منك هذا العبد بالف درهم ان شئت جاز فكذا هذا ۝ ولو
دفع الى خياط ثوبه ليخيطه على ان يفرغ منه في يومه او اكترى بعيرا الى مكة
على ان يدخلها الى عشر ليلة ولم يزد على هذا فالاجارة جائزة فان وفى بالشرط
فله المسمى وان لم يف فله اجر المثل لا يزاد على المشروط لان ذكر اليوم

هنا للاستعجال وهو مقصوده من هذا العقد فيبقى العقد في الغد ۝ ولو
استأجر دابة الى الكوفة اياما معلومة او استأجر خياطا ليعمل له عمل
خياطة اليوم او استأجر خبازا ليخبز له عشرة مخاتيم اليوم بدرهم تكون فاسدة
عند ابي حنيفة وعندهما جائزة لهما ان المقصود هو العمل فيحمل ذكر المدة على تعجيل
العمل دون التأقيت تصحيحا للعقد فاذا لم يعمل في اليوم وفرغ من الغد يستحق الاجر كله
له ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يدل على ان المعقود عليه المنفعة
فان المنافع تقدر بالاوقات دون العمل وذكر العمل يدل على ان المعقود عليه
نفس العمل وكل واحد منهما مقصود في نفسه لان اغراض الناس ورغباتهم
في ذلك مختلفة فلا يترجح احدهما على الاخر مع قيام التسوية في الرغبة من غير
دليل ولا يمكن الجمع بينهما فكان المعقود عليه مجهولا وجهالته مانعة جواز
العقد بخلاف ما لو استأجره للعمل على ان يفرغ منه اليوم جاز لانه ذكر اليوم
هنا صفة للعمل وهي الفراغ في اليوم وصفة العمل تبع للعمل ولا يصلح معقودا
عليه مقصودا كما لو اشترى عبدا على انه كاتب او خباز فالكتابة والخبازة
لا تكون معقودا عليه لانها ذكرت صفة للعبد فكان تبعا فكذا هذا ۝

باب الاجارة الفاسدة

كل جهالة تفسد البيع
تفسد الاجارة لان الجهالة المتمكنة في البدل والمبدل او المدة تفضي الى المنازعة
فانها مفسدة ۝ مسائله مشتملة على فصول فصل فيما لا يصلح بدلا وفصل
فيما لا يصلح مبدلا وفصل فيما لا يمكن تسليمه الا بضرر يلحقه **فصل** ولو استأجر
رجلا ليطحن او دابة ليطحن بها حنطة على ان يكون له قفيز من ذلك الدقيق او ليعصر
له سمسما ببعض ما يخرج من دهنه او استأجر دابة ليحمل عليها طعاما بنصفه

او بقفيز منه لا يجوز لان النبي عليه السلام نهى عن قفيز الطحان وهو ان يجعل اجره
قفيزا اما طحن وكل ما كان بمعنى قفيز الطحان يكون حراما ولانه جعل اجره
شيا معدوما لانه جعل اجره بعض الدقيق الذي يطحنه من هذه الحنطة
او بعض ما يخرج من عمله وذلك معدوم ولو لم يقل من ذلك الدقيق ولجوه جاز
لان الدقيق يصلح واجبا في الذمة وكذلك لو دفع غزلا الى حايك لينسجه
بالنصف لا يجوز والثوب لرب الغزل وللحايك اجر مثله ه دفع ارضه ليغرس
شجرا او كرما على ان يكون الارض والشجر بينهما نصفان لم يجز والشجر والكرم
لرب الارض وعليه قيمة الشجر والغرس واجر ما عمل فيهما ولا يؤمر بقلعه
لان صاحب الارض استاجر الغارس ليجعل ارضه بستانا باشجار من عنده ليكون
اجره نصف البستان فقد جعل اجره بعض ما يخرج من عمله فيكون الاجرة
معدوما حالة الاجارة فيكون بمعنى قفيز الطحان ولان هذه التسمية لو صحت
يملك جزءا من الارض ومن العمل فيصير عاملا في شيء هو شريكه فيه فكانت
الاجارة فاسدة وللغارس اجر مثل عمله في الاجارة الفاسدة وعلى رب
الارض قيمة الاغراس لانه صار مستقرضا للاغراس منه وقابضا لذلك حكما
باتصاله بملكه واستقراض الاغراس لا يجوز فيكون قرضا فاسدا فوجب الملك
اذا اتصل به القبض وهذا كما لو دفع غزلا الى حايك لينسجه بالنصف على ان يزيد
رطلا من غزل نفسه فنسج وزاد رطلا من غزل نفسه فله اجر مثل عمله ويضمن
صاحب الغزل للحايك رطلا من غزله فكذا هذا ه ولو كانا اكلا الغلة حسب
من اجر الغارس ما اكل لانه ملك صاحب الارض ه وقوله صلى الله عليه وسلم
من السحت عسب التيس وكسب الحجام ومهر البغي اما عسب التيس فهو استيجار

١٥

التيس لينزو على غنمه وهذا لا يجوز خلافا لمالك لان نزو الفحل من غير اعلاق
لا فايده للمستاجر فيه والاعلاق ليس في وسعه ولو شرط الاعلاق فسدت
الاجارة بالاجماع فخلت الاجارة عن الفايدة وصار كما لو استاجر مهرا
صغيرا لا يجوز فاما عسب التيس للانزاء بغير اجر لا باس به لان فيه بقا
النسل واتصال النتاج فاما اخذ الاجرة عليه حرام ه ويجوز الاستيجار للحجامة
واخذ الاجرة عليها مباح والنهي الوارد عنه نهي اشفاق لما فيه من الدناءة لانه
مستقذر عادة ه ومهر البغي هو ان يواجر امته على الزنا فهذا حرام وما اخذت
المهر فهو حرام عندهما وعند ابي حنيفة اذا اخذ بغير عقد بان زنى بامة واعطاها
شيا فهو حرام لانه يصير اخذ بغير حق وان استاجرها ليزني بها ثم اعطا مهرها او
ما شرط لها فلا باس باكل ذلك لان في الاجارة الفاسدة اذا اخذ اجر المثل يطيب له
وان كان السبب حراما فكذا هذا ه ولا يجوز استيجار السكنى بالسكنى ولا الخدمة
بالخدمة ولا زراعة ارض بزراعة ارض خلافا للشافعي ويجوز خدمة العبد
بالركوب والسكنى بالزراعة فالمنفعة اذا قوبلت بجنسها لا يجوز عندنا وبغير جنسها
جاز بالاتفاق بناء على ان المنافع معدومة حقيقة ولتقدير الاستحالة كون منفعة
السنة كلها موجودة في ساعة واحدة والعقد ينعقد ساعة فساعة وكانت
المنفعة نسا لا عينا والجنس بانفراده يحرم النسا عندنا وعنده لا يحرم

فصل

ولو استاجر نصيبا او مايه ذراع من عقار او جريبا من ارض لا يجوز عند ابي حنيفة
وعندهما يجوز لان عنده لا يجوز بيع نصيب او ذراع من الدار فكذلك الاجارة لان
المستاجر مشاع مجهول وعند ابي يوسف يجوز بيع النصيب فكذلك الاجارة وعند
محمد لا يجوز بيعه ويجوز اجارته والفرق له ان الاجارة تنعقد ساعة فساعة فيجوز

المنافع والاجرة تجب عند استيفاء المنفعة وعند الاستيفاء النصيب معلوم بخلاف
البيع فان الثمن يجب بالبيع والمبيع مجهول ۞ ولا تجوز اجارة المراعي والآجام وشرب
من نهر وكذلك لو نبت بإنباته او زرع قصيلا في ارضه ثم اجرها من اخر ليرعى
غنمه لم تجز وعليه قيمة ما رعته غنمه لان الاجارة عقدت على استحقاق العين
لان الحشيش والكلا والماء عين والاعيان لا تستحق بعقد الاجارة لانها وضعت
لتمليك المنفعة لا لتمليك العين فاذا رعى غنمه فقد استهلكها بحكم عقد فاسد
فيضمن قيمتها ۞ ولو استاجر نهرا ليصيد سمكا او حوضا او بركة ليستقي منه
الماء لم تجز لان الاجارة وقعت على استحقاق العين مقصودا فصار كما لو استاجر
شاة ليحلب لبنها ۞ ولو استاجر نهرا يابسا ليجري فيه الماء الى ارضه او بالوعة ليصب
فيها ماء وضوءه وبوله لا يجوز لانه لا يمكنه اجراء الماء في كل النهر لان النهر لا يستمسك
ذلك فلا بد من ان ينقص شيئا او قدر ما ينقص مجهول فيصير الباقي مجهول وكذلك
قدر ما يصب في البالوعة مجهول وجهالة نوعها في المنازعة وجهالة المستاجر
تفسد الاجارة ۞ وكذا لو استاجر مسيل ما يسيل ماء المطر على سطح المواجر
لان ما يسيل مجهول يقل ويكثر لا يدري كم ما ياخذ الماء من السطح وذكر هشام عن محمد
لو استاجر النهر اليابس ولم يقل سنا ثم اجرى فيه الماء فلا باس به ۞ وعن محمد لو
استاجر موضع ارض معروف ليسيل ماءه فهو جائز لانه لما عين الموضع زالت
الجهالة ۞ ولو استاجر ميزابا مركبا في الحائط ليسيل الماء فيه لم تجز لما ذكرنا
وكذلك لو استاجر بئر السقي ليسقي منها غنمه او بقره او خيله ودلوا ليسقي بها
غنمه لم تجز لان المعقود عليه مجهول لانه انما يصير معلوما ببيان المدة وقدر
العمل ولم يوجد واحد منهما ۞ ولو استاجر الحائط ليضع عليه جذعا او يبني

عليه سترة او موضع وتد او كوة يسقفها او موضع ميزاب لا يجوز وقال الشافعي
يجوز اذا بين المدة والصحيح قولنا لانه استاجر الحائط لا غير والحائط اسم للبناء
ولا يتناول ما حول الحائط من الارض فلا يدخل ما حولها من الارض تحت الاجارة
وبدون ذلك لا يمكنه الانتفاع بالحائط لانه لا يمكنه البناء ووضع الجذوع وفتح
الكوة الا بالقيام على الارض فقد استاجر ما لا ينتفع به فلا يجوز ولهذا لا يجوز
اجارة البناء ممن ليس له العرصة لانه لا يمكن الانتفاع بمجرد البناء من غير ارض ۞
ولو استاجر طريقا ليمر فيه او علو منزل ليبني عليه لم تجز عند ابي حنيفة خلافا لهما
لهما ان ارض العلو بمنزلة ارض السفل ولو استاجر ارضا للبناء عليها جاز وان
كان قدر البناء مجهولا فكذا هذا وله ان جهالة قدر البناء تضر بارض العلو
والضرر يتفاوت بكثرة البناء وقلته فكانت جهالة قدر البناء مانعة جواز اجارة
ارض العلو فاما جهالة قدر البناء لا تضر بارض السفل فانه لو قل البناء او كثر لا يضر
به رب الارض فجاز استئجار رب الارض للبناء مع الجهالة وفي اجارة الطريق المستاجر
مشاع لان مروره لا يشغل جميع الطريق وانما يشغل طائفة منه وشيوع المستاجر
يمنع جواز الاجارة عنده خلافا لهما حتى لو بين مكانا معلوما جازت بالاجماع
۞ ولو استاجر الف درهم بدرهم كل شهر ليعمل بها فهو فاسد وكذلك الدنانير
وتبرهما وتبر النحاس ونحوه لان الاجارة عقدت على الاعيان والاجارة تعقد
على المنافع دون الاعيان ويكون قرضا لان الاجارة لما لم تصح بقي مجرد اذن بالانتفاع
ليصرفها ويرد عليه مثلها فصار كاعارة المكيل والموزون ۞ ولو استاجرها
ليزن بها يوما الى الليل جاز اي يعير بها ميزانا او مكيلا وقال الشافعي لا يجوز والصحيح
قولنا لانها عقدت على منفعة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فصار كاستئجار الصنجات

ولو استأجر الدراهم والدنانير مطلقا ولم يذكر العمل بها اختلفوا فيه قيل
يجوز ويحمل على الانتفاع بهما من حيث الوزن بهما احتيالا للجواز وقيل لا يجوز لأن
المنفعة المطلوبة منهما التصرف بهما لا الوزن بهما فيعتبر الإطلاق بتصرف مطلق
الإجارة إليه وعند التقييد بالوزن ينصرف إليه ٥ ولا يجوز إجارة الشجر على أن يكون
الثمرة للمستأجر وكذا لو استأجر بقرة أو شاة ليكون الولد واللبن له لأنها عقدت
على استحقاق العين وهي الثمرة والإجارة وضعت لاستحقاق المنفعة لا لاستحقاق
العين ٥ ولو استأجر نخلا أو شجرا ليبسط عليه ثيابا أو ليشد به الدابة ذكر القدوري
أنه يجوز وإليه أشار محمد لأن الإجارة عقدت على منفعة محضة تتحقق من الأشجار
مع بقاء العين وذكر الكرخي في مختصره أنه لا يجوز لأن هذه ليست بمنفعة مقصودة
من الشجر وعقد الإجارة جوز لمكان الحاجة والحاجة إنما تتحقق من المنافع المقصودة
فإذا انعدمت الحاجة فيها بقي على أصل القياس الجامع ولو اشترى ثمرا من نخل ثم
استأجر النخيل حتى أدرك فهو باطل ولم يتصدق بالفضل لأن استئجار النخيل باطل لأن المنفعة
الأصلية من النخلة إخراج الثمرة لا إبقاء الثمرة عليها ولأن محل الإجارة المنفعة لا العين
والمنفعة المطلوبة هنا زيادة الثمرة وإنما عين والإجارة لا تنعقد على العين كما لو استأجر
شاة ليحلب لبنها أو ليجز صوفها لا ينعقد فكذا هذا فكان العقد مضافا إلى غير محله
فلغي وكان الفضل حاصلا بالإذن لا بالعقد الفاسد فطاب له وكذلك لو اشترى
أطراف الرطبة ثم استأجر الأرض لإبقاء الرطبة لأن أصل الرطبة ليس على ملكه فلم يمكن
استيفاء الأرض لإبقاء ملكه فيها ٥ ولو اشترى نخلا أو قصيلا أو رطبة بأصلها
ليقلعها ثم استأجر الأرض مدة معلومة ليبقيها جاز لأن لها منفعة لأن الحب والثمرة
لا تتولد من الأرض ولكن بمنافع الأرض يحصل الحب والثمر وهو التربية ٥ فإن استأجر

الأرض إلى أن يدرك لا يجوز ويتصدق بالفضل لأن المحل قابل لعقد الإجارة فانعقدت
إلا أنها فسدت لجهالة المدة فحصل له الفضل بعقد فاسد فيتصدق به المبسوط
ولو استأجر امرأته للخدمة لم يجز لأن خدمة الزوج مستحقة على المرأة ديانة لما فيها
من حسن المعاشرة والسكن والازدواج لأن السكن والازدواج إنما يتحقق بهذا إن لم يكن
مستحقة عليها حكما لأن الالتزام جرى بينهما في السكن والازدواج والإجارة على ما كان
مستحقا على الأجير لا يجوز كما لو استأجرها للعمل من أعمال البيت من الخبز والطبخ وإرضاع
ولده منها ٥ ولو استأجرت المرأة زوجها للخدمة أو لرعاية الغنم جاز وله أن يفسخها
ولا يخدمها في ظاهر الرواية وروى أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي عن أبي حنيفة
أنه باطل وهكذا ذكر الحاكم في مختصره لأن الزوج مالك وقوام عليها وفي
الاستخدام إذلال به فلا يجوز كالابن إذا استأجر أباه للخدمة وجه ظاهر الرواية
أن خدمتها غير مستحقة عليه ومنافعه مملوكة فجازت الإجارة بهذا الاعتبار كما لو
أجر نفسه من أجنبية وباعتبار أنه يلحقه المذلة والمهنة في الخدمة أثبتنا له حق الفسخ
حتى يمكنه دفع هذا الذل إن أراده ولو خدمها استحق الأجر نظرا له ٥ ولو استأجر
ابنه للخدمة لم تلزمه الأجرة إلا إذا كان الابن عبدا أو مكاتبا لغيره جاز وعليه
الأجر لأن خدمة الأب مستحقة على الابن بخلاف ما لو كان الابن عبدا ٥ ولو
استأجر أبويه لم يجز حرا كان أو عبدا لغيره أو كافرا وله الأجر إذا عمل لأن
الابن مأمور بتعظيم أبيه وتكريمه وفي الاستخدام تذليله وتوهينه وإنما حكمنا
بفساد إجارة الأب نظرا له كيلا يلحقه إهانة ومذلة والنظر في تجويزها متى عمل
حتى لا تزول منافعه مجانا ولا ينقص الأجر متى كان أجر المثل أنقص من المسمى ٥ ولو
استأجر جد ابنه للخدمة وهو مكاتب أو عبد جاز ولو كان أباه لم يجز ٥ ولو استأجر

جد ابيه للخدمه وهو مكاتب او عبد جاز ولو كان اباه لم يجزه ولو استاجر الذمي
المسلم للخدمه جاز ويكره لانه استذلال صورة لا معنى لانه يستحق العوض بازا الخدمه
فيكون عاملا لنفسه من حيث تحصيل الاجره فزوال الذل من حيث المعنى فجاز الا انه يكره
لمكان الاستذلال صورة **فصل** ولو استاجر ارضا وفيها زرع او كرم لم يمنع
من الزراعة فهي فاسدة لانه اجر ما لا يمكن تسليمه الا بضرر يلحقه وهو قلع
الزرع والكرم ٥ وان قلع وسلمها الى المستاجر جاز لانه زال المانع كما لو باع جذعا
في سقف ثم نزعه وسلمه حتى لو كان الزرع قد ادرك لا يضر حصاده جازت
الاجاره ويومر بالحصاد كما لو اجر دارا فيها متاع للمواجر يومر بنقله او الباع
فكذا هذا ٥ فان مضى من مده الاجاره شي قبل ان يحصدها ثم قبل الزرع فالمستاجر
بالخيار ان شا امضاها ورفع عنه اجر ما لم يقبض وان شا ترك لان المقصود من
الارض الزراعة وذلك يكون في وقت دون وقت فاذا مضى بعض الوقت ولم
يكن الارض فيه اختل المقصود فيخير بخلاف ما لو استاجر دارا ليسكنها فمنعه
المواجر عن السكنى في بعض المده يلزمه العقد في الباقي ولا خيار له لان المقصود
هو السكنى ففواته في بعض المده لا يوجب خللا في سكنى الباقي ٥ استاجر رجلا ليبيع
او يشتري له بكذا باجر معلوم لا يجوز فاذا عمل فله اجر المثل ويكون اجر المثل طيبا له
الا انه ياثم بمباشرة عقد فاسد وقال مالك وابن ابي ليلى يجوز لنا ان هذه الاجاره
وقعت على عمل ليس في وسع الاجير لان البيع والشرا لا يقوم به وحده وانما يقوم به
وبغيره وربما لا يجد من يساعده فاذا لم يقدر به لم يمكنه تسليم ما التزم فلا يصح
كما لو استاجره ليذري به الكدس لا يجوز ٥ ولو استاجره يوما او شهرا ليبيع او يشتري له
جاز لان المعقود عليه المنفعة لا العمل الا ترى انه متى سلم نفسه لذلك يستحق الاجر

فكان تسليم ما وجب بالعقد ممكنا ٥ ولو امره بان يبيع له او يشتري ولم يشترط
له اجرا فهو جائز لان هذه استعانة ابتدا واجارة انتها من حيث انه امره بعمل
له ولم يشترط له اجرا كان استعانة ومن حيث انه لم يقعد ليعمل مجانا للناس
وانما قعد ليعمل له باجر كان اجارة انتها للعرف فان المعروف كالمشروط ولهذا
قالوا يجبر على اعطا الاجرة متى امتنع من الاعطا ولهذا قال محمد اذا عمل عوضه
اجر المثل فقد امره باعطا العوض **المسقا** ولو استاجر سنورا ليصيد الفار
في بيته كان باطلا لان هذا فعل السنور وربما لا يصيد فيتعذر تسليم المعقود
عليه وليس هذا كالكلب والبازي يستاجره اياما ليصيد به جاز لان المستاجر هو
الذي يرسله وبارساله وعمله يذهب ويصيد وهو بمنزلة الاله للاصطياد
فصار كما لو استاجر سكينا ليذبح شاة ٥ وذكر الكرخي في مختصره لو استاجر كلبا
معلما او بازيا ليصيد به فلا اجر له لانه لا يمكن اجبار الكلب على الصيد فيتعذر
تسليم المعقود عليه ٥ وروي عن محمد فيمن استاجر شاة لترضع جديا او
صبيا لا يجوز لان محل الاجاره المنافع لا الاعيان واللبن عين منتفع بها فهو منه
فلا يستحق بالاجاره بخلاف ما لو استاجر ظيرا لان المستحق ثمه فعل الحضانه
واللبن آلة فجاز ان يستحق تبعا وهنا بخلافه ٥ ولو استاجر قوما يحملون جنازة او
يغسلون ميتا فان كان في موضع لا يجد غيرهم ولا فلا اجر لهم لانهم تعينوا
لاقامة هذا الواجب فان وجد غيرهم فلهم الاجر لانهم لم يتعينوا لاقامة هذا
الواجب فان وجد غيرهم فلهم الاجر لانهم لم يتعينوا لاقامة هذا الواجب ٥ ولو
استاجر رجلا بعشرة دراهم على ان يحلج له قطنا معلوما وسماه مرويا او خشنا
جاز اذا كان القطن عنده ولا يجوز ان يستاجره على عمل ليس عنده وهو بالخيار

اذا راى الثياب لان بعض الثياب اشد قصارة من بعض لرقتها ورقيقها ولا يشبه قصارة

الثياب خلع القطن ﴿ رجل دفع الى رجل ثوبا فقال بعه بعشرة دراهم فما زاد فهو بيني وبينك

فباعه باثنى عشر قال ابو يوسف له اجر مثله ولا يجاوز به درهما وكذلك ان باعه باكثر

او باقل وان باعه بعشرة دراهم فلا اجر له وكذلك ان لم يبعه وقال محمد له اجر مثله

بالغا ما بلغ باع او لم يبع ﴿ رجل دفع ثوبا الى منادى ليبيعه فنادى ولم يبع صاحبه قال

له اجر مثله لان هذه اجارة فاسدة قال الفقيه ابو الليث في نوازله هذا قياس وفي الاستحسان

لا يجب له شئ لان اجر المثل يعرف بعمل التجار وهم لا يعرفون لهذا العمل اجرا ﴿ باع شيا

بالمزايدة فاستاجر منادى ينادى يبيع ذلك شرط ان يبرء فقال ينادى كذا وكذا صوتا

فهو جائز وقت له وقتا او لم يوقت فان لم يبين لا يجوز

باب الشروط المفسدة للاجارة

اشترط تطيين الدار او ادخال الجذع فهو فاسد لانه شرط لا يقتضيه

العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين يفضي الى المنازعة ﴿ ولو استاجر كل شهر

بعشرة على ان يعمرها فهو فاسد لان بعض الاجر مجهول لانه لا يدرى اى قدر يعطيه

متى لم تخرب شئ من الدار حتى لم تحتج الى المرمة والعمارة وعليه اجر مثلها بالغا ما بلغ لانه

رضي بتلك الزيادة على المسمى فيلزمه ما بلغ بخلاف غيرها من الاجارات الفاسدة

لا يجاوز باجر المثل المسمى لانه لم يرض بالزيادة عليه ﴿ وان شرط رد الارض مكروبة ينظر

ان شرط كرابها في مدة الاجارة فهى فاسدة لان مدة الاجارة مجهولة لان مدة الكراب مجهولة

تقل وتكثر وانما تستثنى من مدة الاجارة لانه عامل في مدة الكراب لرب الارض فيوجب

جهالة مدة الاجارة ﴿ وان شرط كرابها بعد انقضاء المدة بان قال اجرتكها بكذا على ان

تكربها بعد انقضاء المدة فهى فاسدة لانها صفقة شرطت في صفقة ﴿ وان قال اجرتها

بكذا وبان تكربها بعد انقضاء المدة فالاجارة جائزة لان مسمى الاجارة معلومة والكراب

في نفسه معلوم يصلح اجرا الا ترى لو استاجر رجلا للكراب جاز ﴿ وان اطلق

الكراب بان قال اجرتكها بكذا وان تكربها انصرف الى ما بعد انقضاء المدة احتيالا

للجواز ﴿ ولو استاجر حماما على انه ان انقطع الماء فلا اجر لازم لا يصح لانه شرط لا

يقتضيه العقد لانه شرط استحقاق الاجرة بعد انفساخ العقد قبل التسليم فصار كما

لو شرط الثمن على المشترى بعد هلاك المبيع في يد البائع ﴿ استاجر بيتا بعشرة على انه

ان سكن يوما ثم خرج فعليه الاجر كاملا فهو فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد

لانه شرط بدل جميع المعقود عليه بازاء بعضه حال فوات الباقي قبل القبض والعقد

لا يقتضي ذلك فصار كما لو اشترى حنطة على انه ان هلك شئ منها قبل القبض

فعليه الثمن كله فسد البيع ﴿ ولو استاجر عبدا شهرا على انه ان مرض او مرض المستاجر

يعمل من الشهر الثاني بقدره فهو فاسد لانه شرط ما لا يقتضيه العقد لان العقد لا

يقتضي بدل ايام المرض من الشهر الداخل لان الاجارة انفسخت بعذر مرض العبد

في الشهر القائم لو انتقضت بمضي الشهر القائم في مرض المستاجر فلا يدخل بدل ايام المرض من الشهر

الداخل لحكم العقد فكان بمنزلة ما لو اشترى كر حنطة بعينها على انه ان هلك بعضها قبل القبض

فانه يتمها من حنطة مثلها فسد البيع لان العقد انفسخ فيما هلك فلا يجب بدله من حنطة

اخرى لحكم العقد ﴿ سلم غلامه الى معلم وشرط ان يحذقه فهو فاسد لان تحذيق الغلام

ليس في وسع المعلم ولان التحذيق مجهول لانه لا غاية له ﴿ ولو شرط خراج الارض

على المستاجر يكون فاسدا قالوا هذا في خراج المقاسمة او في ارض صلحية لم تفرد بوظيفة وانما

يعرف مقدار عند القسمة على الارض لان الخراج ربما يقل ويكثر ويتفاوت نصيب الاراضي

فيكون الخراج مجهولا وهذا عند ابي حنيفة لان عنده خراج المقاسمة على رب الارض فاما

عندهما فعلى المستاجر فلا يفسد العقد لانه شرط ما يقتضيه العقد من غير شرط فاما

في خراج الوظيفة فيجوز لان الخراج معلوم فيكون الاجرة معلومة وقيل لا يجوز وا
طلاق محمد يدل على هذا لان خراج الوظيفة مما ينقص عن وظيفة عمر ويزاد عليها
عند الطاقة وعدمها وقدر ما ينقص ويزاد مجهول وكذلك لو اشترط العشر على
المستاجر عند ابي حنيفة لان عنده العشر على رب الارض فاذا شرط على المستاجر
فقد جعله اجرا فانه مجهول وعندهما العشر على المستاجر فقد شرط ما يقتضيه
العقد فيجوز ۝ ولو اجر عبدا او دابة وشرط على المستاجر نفقتهما لم يجز لان
ما شرط يصير اجرة ومقدار النفقة مجهول فيفسد العقد ۝ شرط على الكحال
ان يكحل عينه شهرا بدرهم جاز وكذلك في كل داء الا ان التعامل جرى به ولان الدوا
متفاوت وليس بمتفاوت شهرا د شرط ان يقصر عشرة اثواب بدرهم ولم
يرها كان فاسدا وان سمى جنسا لان عمل القصارة يتفاوت باختلاف الثياب من حيث
الرقة والصفاقة ومن حيث الطول والقصر فجهالته يفسد العقد ۝ ولو شرط
على الخياط كم قميصه او على البنا الاجر فهو فاسد لانه شرط ما لا يقتضيه
العقد لان المعقود عليه العمل دون العين **المنقا** رجل قال اجرتك هذه الدار كل
شهر بدرهم على ان اهب لك اجر شهر رمضان او قال على ان لا اجرك لشهر رمضان
فالاجارة فاسدة لانه شرط الهبة في الاجارة فيكون اشتراط صفقة في صفقة

باب الاستيجار على فعل هو طاعة او معصية

ولا يجوز الاستيجار على الطاعات كتعليم القران والفقه والامامة والاذان والغزو
عنه والحج عنه وقال الشافعي يجوز والصحيح قولنا لان قضية الاجارة ان يكون
نفس العمل او حكمه واقعا للمستاجر وهنا نفس العمل لا يقع للمستاجر لانه يقتصر على
العامل ولا يتعدى الى غيره لانه عرض كما وجد يلاشي واضمحل ولهذا يشترط
النية واهلية العبادة في حق المامور حتى لو استاجر ذميا يحج عنه لا يجوز ولا
يقع حكمه له لان حكم هذا العمل الثواب والثواب موعود للعامل بوعد الله
تعالى لا لغيره بخلاف ساير الاجارات لان العقد ينعقد على حكم العمل واثره وهو
صيرورة الثوب مخيطا ومقصورا لا على نفسه فيصير باعتبار حكم عمله
وبعض اصحابنا المتاخرين جوزوا ذلك اليوم لكسل الناس في الاحتساب والحاجة
الناس الى هذه الاعمال وكذا لا يجوز على تعليم الصناعات لان التعليم لا يقوم بالمعلم
وحده بل يحصل به وبمعنى من قبل المتعلم وهو ذكاؤه وفطنته وحذاقته وفراهته
فكان المعلم والمتعلم شريكان في منفعة التعليم والاجارة لا تصح على عمل الاجير
فيه شريك ولان الاجير يلزم بالاجارة ما لا يقدر على تسليمه وحده
فلا يصح ۝ ولو استاجر كتابا ليقرا منه او مصحفا لم يجز ولا اجر ان قرا
خلافا للشافعي لان القراءة ان كانت طاعة او معصية فالاجارة عليهما باطلة
وان كانت مباحة فلان القراءة بالنظر فيه دون حمله وتقليب اوراقه مباح
له والاجارة لا تنعقد على ما يملكه المستاجر قبل الاجارة لعدم الفائدة
فصار كانه استاجره ليحمله ويقلب اوراقه ولا يجوز استيجار الكتاب لحمله
وتقليب اوراقه لانه لا فائدة للمستاجر فيه ولان القراءة والنظر منفعة
تحدث من القاري لا من الكتاب والاجارة لا تنعقد على منفعة لا تحدث من
العين المضاف اليه الاجارة كما لو استاجر دار السطر الى بنائها حتى يضع لنفسه
مثل ذلك لا يجوز وكذلك اذا استاجر قاريا ليقرا عليه شيا لا يجوز لان القراءة ان
كانت طاعة او معصية لا يجوز الاجارة وان كانت مباحة فلان القاري مع السامع
يشتركان في منفعة القراءة لانه كما ينتفع به السامع بالتدبر والعظة ينتفع ويتلذذ

القاري ايضا فقد استاجره لعمل هو فيه شريك فلا يجوز ۝ ولو استاجره ليكتب له
مصحفا او فقها او شعرا او نحوا جاز لانه ليس عين الكتابة معصية ولا طاعة
وانما الطاعة والمعصية في القراءة او التعلم ونيل الثواب على كتابة المصحف
لا تدل على كونها طاعة فان الانسان يثاب على الدنيا اذا كان يكتسب
الانفاق على نفسه وعياله وللعطف على جاره ۝ استاجره القاضي
للقصاص والحدود شهرا لم يجز لان المعقود عليه العمل وانه مجهول لا يدرى
كم يقع من الحدود والقصاص ۝ ولو استاجر شهرا ليقوم عليه في مجلس
القضا وليقيم الحدود جاز لانه استاجره لنوع من العمل وهو قيامه في مجلسه
فصار كما لو استاجره شهرا للخدمة ۝ ولو استاجر من له القصاص رجلا
ليقتص له فلا اجر له وذكر في السير الكبير انه لا يجوز عندهما ويجوز عند
محمد وان في وكذا الامام اذا استاجر انسانا ليقتل مرتدا او اسيرا او
لاستيفا القصاص في النفس لم يجز عندهما خلافا له ولو استاجره لاستيفا
القصاص فيما دون النفس كقطع اليد جاز بالاجماع لمحمد انه استاجره لعمل معلوم
وهو حز الرقبة فصار كما لو استاجر لذبح الشاة وقطع اليد ولهما انه متى انعقد
الاجارة على القتل ثبت نوع ملك للاجير في نفس من عليه القصاص لان فيها العمل
كالقاتل بنفسه من حيث انه ياخذ بذلك اجرا لان الاجير متى استحق اجرا بالقتل صار
من وجه كالمستوفي بنفسه فيحصل له نوع ملك والقصاص لا يقبل التمليك بوجه
ما فلا يصلح معقودا عليه فلم ينعقد الاجارة فلم يجب البدل بخلاف قطع اليد
لان الاطراف لها حكم الاموال تسلك بها مسلك الاموال حتى جاز القضا بالنكول فيها ويجري
فيها البدل والاباحة عند الضرورة وهو وقوع الاكلة فيها فصلح معقودا عليه ۝

ثم القاضي لو استاجره للقصاص والحدود ففعل فله اجر المثل ولو استاجره
من له القصاص ليقتص له ففعل لا اجر له لان الاقتصاص يصلح معقودا عليه
في حق القاضي من وجه فانه يصلح معقودا عليه تبعا للاجارة على القيام
في مجلسه لكن لا يصلح معقودا عليه اصلا فانعقد فاسدا فاما في حق غير
القاضي لا يصلح معقودا عليه من كل وجه فانه لو استاجره ليقوم في بيته
ليس له ان يامره باستيفا القصاص فلم ينعقد اصلا ۝ وعن محمد فيمن قال لغيره
اقتل هذا الذئب او هذا الاسد ولك درهم فالذئب والاسد صيد فله
اجر مثله لا يجاوز به درهما والصيد للمستاجر لانه يحتاج في القتل الى المعالجة
فيصير العمل مجهولا باعتباره فيجب اجر المثل ويكون الصيد للمستاجر لان القتل
سبب للتملك وعمل الاجير يقع للمستاجر

فصل

ولو استاجره للغنا
او النوح او قراءة الشعر لم يجز ولا اجر له لانها معصية والاجارة على المعصية
باطلة وكذلك لو استاجره لضرب الطبل للهو لا يجوز لانه معصية وان
كان للغزو او القافلة يجوز لانه طاعة ۝ استاجر ذمي من ذمي او من مسلم
بيعة يصلي فيها لم يجز لان صلوة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه
والاجارة على المعصية او الطاعة لا تجوز وكذلك لو استاجر المسلم من
المسلم مسجدا يصلي فيه لان تمكينه من فعل الطاعة طاعة فالاستيجار على
الطاعة لا يجوز ۝ ذمي استاجر دارا من مسلم فاتخذ فيها مصلى لنفسه لم يمنع
لانه ليس في اتخاذه مصلى لنفسه احداث بيعة ولا اظهار شي من شعائر دينهم
في امصار المسلمين فان اتخذه مصلى للجماعة وضرب فيها الناقوس فلصاحبها
منعه وكذلك لو اراد بيع الخمر فيها لان هذه اشيا يمنع عن اظهارها في

بلاد المسلمين ولو كان السواد لا يمنع وقال محمد بن سلمه البلخي ما ذكر محمد في سواد
العراق لان عامه اهلها في ذلك الزمان اهل الذمه فاما في سواد خراسان
فانهم يمنعون من ذلك لان الغالب فيها المسلمون وقال غيره من مشايخنا
لا يمنعون من ذلك في سواد خراسان لان الاصل ان يترك اهل الذمه وما
يعتقدونه مباحا في دينهم الا ما استثني عليهم في عهودهم وهو ان لا يحدثوا البيعة
ولا يظهروا الفسوق والمعاصي في امصار المسلمين لا في السواد ٥ مستاجر
مسلم يشرب في الدار ويجمع الفوم يمنع ولا يخرج وكذلك الذمي لان المعلن للفسق
يستحق عليه المنع عنه ولا يستحق ابطال حقه وملكه ٥ استاجر الذمي من يصلي
لهم ويضرب الناقوس لهم لم يجز لما بينا ٥ استاجر ذمي مسلما يحمل الخمر او
استاجر منه بيتا ليبيع فيه الخمر يجوز عند ابي حنيفه وعندهما لا يجوز لان هذا
اعانه على المعصيه لان بيع الخمر وحملها للشرب معصيه عند الاجير لان
الظاهر من حال الذمي انه ينقل الخمر للشرب لا للتخليل والاعانه على المعصيه
معصيه له ان المسلم انما يحمل الخمر للبيع وللشرب الذمي وبيع الذمي الخمر وشربه
مباح في حقه لان خطاب التحريم غير نازل في حقه ولهذا لو اتلف المسلم عليه
الخمر ضمن فوقعت الاجاره على فعل مباح ولان عين الحمل ليس بمعصيه
ولا سبب لها ايضا لان المعصيه انما تحصل بعد الحمل بفعل فاعل مختار
فلا يكون مضافا الى حمله فاشبه عصير العنب وقوله عليه السلام لعن
الله في الخمر عشرا منهم حاملها والمحمولة اليه هذا محمول على ان يكون المحمول اليه
المسلم لانه حملها لفعل مباح وهو شرب الذمي فصار كما لو حملها للتخليل وكذا
لو استاجره ليرعى له خنازيره فهو على هذا الخلاف ٥ وان استاجر مسلما

ليحمله ميتة او دما لا يجوز لان نقل الميتة والدم لاماطة الاذى عن الناس مباح
فالظاهر ان الحمل لاجل ذلك فيحمل عليه **النوادر** مات رجل من المشركين
فاستاجروا مسلما ليحمله الى بلدة اخرى قال ابو يوسف لا اجر له لانه لا حاجة
اليه فصار كنقل الميتة من بلد الى بلد وقال محمد اذا علم الاجير انها جيفة فلا اجر
له لانه نقل ما لا يجوز له نقله وان لم يعلم فله الاجر لانهم غروه في التسمية
والغرور يوجب الضمان فاما اذا استاجروه للنقل الى مقبرة البلدة جاز
لان ذلك لدفع الاذى عنهم ٥ السارق والغاصب استاجر لحمل المغصوب
والمسروق لم يجز لان نقل مال الغير معصيه

باب استئجار الشريك

استاجر شريكه او دابة شريكه ليحمل الطعام المشترك لا ينعقد ولا
يجب الاجر وقال الشافعي يصح ويجب المسمى والصحيح قولنا لانه لا يتميز عمله
لنفسه من عمله لشريكه لان كل جزء من العمل الذي لا يتجزى بعضه يقع للعامل
وبعضه للمستاجر لشيوع المحل فلا يمكن التصنيف والتمييز فلا يمكنه تسليم
نصف العمل الى شريكه وما يتعذر تسليمه لا يصح استئجاره ولان المعقود عليه
نصف الشايع مجهولا فانه مستحيل لان الحمل فعل حسي لا يتصور وجوده في الشايع
فالعقد ورد على ما لا يتصور وجوده فلغى وكذلك لو استاجر من صاحبه بيتا
او حانوتا فلا يجب الاجر نص عليه في كتاب المضاربه وذكر الحاكم في المنتقى
قال محمد كل شيء استاجر احدهما من صاحبه مما يكون له عمل وعمله فلا اجر
له مثل الدابه والعبد وكل شيء مما لا يكون له العمل مثل الجوالق وغيره فاستاجره
من صاحبه فهو جائز وهذا خلاف روايه المبسوط ٥ ولو استاجر نصيب

شريكه من العبد ليخيط له الثياب جاز لان المعقود عليه ملك منفعة نصيب شريكه
شايعا والملك وصف حكمي والشايع يقبل الصفات الحكميه وقال محمد لو
استاجر احدهما نصف سفينه صاحبه تحمل حصته من الطعام او نصف
طاحونته فهو جايز لان المعقود عليه المنفعه ووجوب الاجر يتعلق بتمكنه
من الانتفاع لا بايقاع الفعل في ذلك المحل المشترك الا ترى انه لو سلم الدار
ولم ينتفع به يستحق الاجر فصح العقد في قول من يجوز اجارة المشاع فاما
اذا وقع العقد على العمل فوجوب الاجر يتعلق بالعمل وذلك لا يتصور في
المشاع وذكر الكرخي في مختصره عبد بين اثنين فاجر احدهما نصيبه من صاحبه
يخيط معه شهرا على ان يصوغ نصيبه مع هذا شهرا لا يجوز ولا يجوز هذا في
العملين المختلفين في العبدين لان هذا مهاياه منهما فان هذا انما يستحق عليهما بغير اجارة
فالمهاياة من حكمها ان تقع على المنافع المطلقة فاما ان تعين احد الشريكين على
صاحبه صرف المنفعة الى نوع اخر لا يصح • وذكر ابو الليث في نوازله امراه
لها دار اجرتها من زوجها ثم سكناها جميعا فانها لا تستوجب الاجر وهو
كاستيجارها ليخبز او يطبخ • صباغان اجر احدهما آله عمله من الاخر ثم اشتركا
هل يجب عليه الاجر بعد الشركه ينظر ان كانت الاجارة وقعت على كل
شهر يجب الاجر في الشهر الاول ولا يجب فيما بعده وان اجره عشر سنين
فالاجر واجب عليه في ذلك كله لان الاجارة قد صحت فلا تبطل باشتراكهما

باب اجارة الدواب

استاجر دابه الى الجبانه للتشييع
فهو فاسد لان المعقود عليه مجهول لانه ربما كانت لهم جبانتان زريه وبعيده
لا يدري الى ايهما استاجر حتى لو كانت جبانه واحدة جاز وتقع الاجارة الى
اول حد من حدود تلك الجبانه كما لو استاجر دابه من محلة الى محلة د الكرى
الى الكوفه فله ان يركب الى منزله استحسانا والقياس ان يركب الى اول حدود المصر
كما لو استاجر من محلة الى محلة وجه الاستحسان ان التعارف فيما بين الناس ان
من استاجر دابه الى مصر او قريه للحمل او الركوب انهم يلحقون به محمولاته
الى منزله والمعروف كالمشروط فصار كانه شرط الى منزله وهذا المعروف
معدوم في حق المحله لانه ربما تكون المسافه من المحلة المشروط اليها الى منزل
المستاجر على اضعاف ما يكون فيما بين المحلتين فصح ان يستاجر دابه الى
موضع ثم للداخل فيها زيادة اضعاف ذلك ه وضع المتاع في ناحيه من الكوفه
على انه منزله فاذا هو خطا ليس له ان يحمله الى منزله د تكارى ليركب الى جاحته
الى الحيره فلا اجر ان لم يذهب وان جلس وقد رما يذهب لانه لم يتمكن من الاستيفا في
المكان الذي اضيف اليه العقد فلا يلزمه البدل كما اذا لم يتمكن من الاستيفا في
المدة المضاف اليها العقد لان تسميه المكان في اجارة الدابه بمنزلة تسميه المدة
في اجارة الاعيان حتى لا يجوز الا بتسميه المكان ثم التمكن من الاستيفا في غير المدة
المضاف اليها العقد لا يكفي لوجوب الاجر وكذا التمكن من الاستيفا في غير المكان
المضاف اليه العقد حتى لو استاجرها الى مكان معلوم فسار بها الى ذلك المكان
ولم يركبها يجب الاجر د فان علم انه توجه لم يصدق انه رجع ولم يذهب الا ان
يردها من ساعته لانه لما تسلم الدابه اليه ثم ادعى المستاجر انقطاع التسليم
بعدما وجد فلا يصدق الا بحجه والرد من ساعته شاهد له فيكون القول له د
تكارى دابه بالكوفه من موضع الدابه الى الحيره ذاهبا وجايا يرجع الى

موضع الدابة لا الى اهله لان العقد انعقد على موضع الدابة اذ لم يذكر
غيره لانه لم يوجد العقد فيما وراه لا شرطا ولا عرفا لما بينا ● تكارى دابة
كل شهر بعشرة يركبها عند حاجته بدا له ان يسمى بالكوفة ناحية من نواحيها
جاز وان لم يسم مكانا يكون فاسدا لان المعقود عليه هنا وهو الركوب انما
يصير معلوما ببيان المكان لان التفاوت بين اماكن المصر وبين غيره فاحش لان
الركوب خارج المصر اضر بالدابة من الركوب في المصر ولا بد من انه يبدو ا
الحاجة في المصر او خارج المصر وجهالة المكان يودي الى المنازعة فيمنع الجواز
الا في المصر فان المصر مع تباين اطرافها ومحالها جعل كمكان واحد لان
التفاوت بين اماكنها يسير ● تكاراها لقضاء حوائجه في المصر يوما جاز
ويركب الى اي نواحي المصر شا والى الجنازة لان التفاوت بين اماكنه يسير وليس له
ان يسافر عليها لان الركوب خارج المصر لم يدخل تحت الاجارة لما بينا ● تكارى الى فارس
ولم يسم مكانا معلوما تفسد لان فارس تقع على بلدان كثيرة وبينهما مسافة
بعيدة فيكون منتهى مكان الاجارة مجهولا بمنزلة ما لو تكارى او الى الشام او
الى خراسان ولم يسم مدينة فيها ● تكارى الى الري ولم يسم مدينتها ولا رستاقها
فالاجارة فاسدة ولم يذكر فيه خلافا وذكر الطحاوي في مختصره خلافا وقال لا
تجوز عند ابي حنيفة وعندهما تجوز لان ابا حنيفة جعل الري اسما للناحية وهي
المدينة والرستاق وهما جعلاه اسما للمدينة لا غير كالكوفة وبغداد فان سار الى ادنى
الري فله اجر المثل لا يزاد على المسمى وينقص عنه لان الاجارة لم تنقلب جائزة بالمسير
الى الري لانه لم يتعين منتهى مكان الاجارة فثبتت المنازعة فبقي الفساد ● وان ادنى
سار الى اقصى الري يعود جائزة استحسانا لا قياسا لان المنازعة قد ارتفعت لارتفاع

جهالة مكان الاجارة كما لو استاجر دابة الى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها
ثم حمل عليها حملا يعود العقد جائزا ويجوز المسمى استحسانا فكذا هذا وسائله
محمد بقوله له اجر المثل على طريقة القياس وبقوله لا ينقص عن المسمى يثبت ذلك عن
المسمى على طريقة الاستحسان لانه متى لم ينقص عن المسمى وجب المسمى فيحمل قوله على هذا
صونا لقوله رحمه الله عن التناقض ● تكارى دابة من الغدوة الى العشي يردها
عند الزوال وهذا في عرفهم ما بعد الزوال من العشا فاما في عرف بلادنا لا ينتهي
الاجارة ما لم تغرب الشمس لان العشا في عرفنا انما تطلق على ما بعد غروب الشمس
تكارى يوما فمن طلوع الفجر الى غروب الشمس وليلة من غروب الشمس الى طلوع
الفجر لان اليوم في عرف الشرع وحقيقة اللغة اسم لبياض النهار والليلة اسم للسواد
وذلك فيما قلناه ● تكارى دابة بحلوانها او بما يتكارى به اصحابه فهو فاسد اذا لم يكن
ما يتكارى به اصحابه معلوما او كان مختلفا الكرى بعضهم بعشرة وبعضهم بثمانية
لان الاجر مجهول واجر مثل هذه الدابة اذا كان مختلفا فعليه الوسط من ذلك لان في
ايجاب الاقصى ضرر بالمستاجر وفي ايجاب الادنى ضرر بالاجر فيجب الوسط من ذلك
نظرا لهما وان كان معلوما بان كان جميع اصحابه يتكارون مثل هذه الدابة
بعشرة جازت الاجارة كما لو باع بمثل ما باعه فلان وكان معلوما وقت العقد
او علم في المجلس فكذا هذا ● تكارى من مرو الى نيسابور بكذا فعليه تقدمه(?) لان
العقد وقع له ● تكارى دابة الى موضع فيحمل(?) وضعفت فعليه ان يأتي بدابة
اخرى اذا كانت الدابة بغير عينها لان العقد لم يقع(?) ولهذا فلا ينفسخ الاجارة بردها
كرب السلم اذا وجد بالمسلم فيه عيبا ورده لا ينفسخ السلم واذا بقي العقد كان له ان يطالبه
باخرى وان كانت الدابة بعينها فليس له ان يطالبه باخرى لان العقد ثبت ولهذه

فسخ العقد برده كما في بيع العبد اذا وجد بالمبيع عيبا فرده ⊙ استاجر دابة ليطحن
بها كل يوم عشرة اقفزة فوجدها لا تطيق الا خمسة فله الخيار وعليه بحساب ما
عمل من الايام ولا يحط من الاجر شيء لانه لم يسلم له شرطه المنتفع به فيتخير كما لو اشترى
عبدا على انه كاتب او خباز فوجده غير كاتب او خباز يتخير وان رضي به لزمه جميع
الثمن وكذا هنا اذا رضي به يلزمه جميع الاجر ولا يحط شيء من الاجر بسبب النقصان
لان الاجارة وقعت على العقد لا على العمل فلا يتوزع الاجر على العمل وفي المسألة
عقدة لابي حنيفة لو استاجر الخباز ليخبز له اليوم بدرهم يكون فاسدا والفرق له ان
ذكر مقدار العمل في باب الطحن في العرف والعادة لا يذكر لتعليق العقد بالعمل حتى
يصير العمل معقودا عليه مع الوقت فيوجب فساد العقد للجهالة وانما ذكر لبيان
قوة الدابة ومبلغ عملها فبقيت الاجارة على الوقت فاما في الخبز انما يذكر مقدار
العمل في العرف لتعليق العقد بالعمل لا لبيان قوة الخباز ومبلغ عمله فيصير جامعا
بين الوقت والعمل فيصير المعقود عليه مجهولا فاوجب فساده حتى لو ذكر في
الخباز بان مقدار العمل لبيان قوة الخباز ومبلغ عمله لا لتعليق العقد به يجوز ايضا
المسعا استاجر دابة يوما الى الليل فليس له ان يخرج بها من المصر ولو استاجر
دابة الى موضع كذا لم يكن له ان يرجع عليها ⊙ ولو استعار دابة الى موضع
كذا كان له ان يذهب عليها ويجي وان لم يسم لها موضعا فليس له ان يخرج بها من
المصر **فصل** تكارى دابتين كل واحدة الى موضع كذا لم يجز لان هنا عقدان
والمعقود عليه في كل عقد مجهول جهالة توقعهما في المنازعة ⊙ استاجر دابتين
بعشرة صفقة واحدة ليحمل عليهما عشرين مختوما يحمل على كل واحدة عشرة
يقسم الاجر على اجر مثل كل دابة لان اجر مثلهما على قدر سيرهما وقوتهما وسرعتهما

وابطائهما فصار كمن اشترى شيئين صفقة واحدة بثمن واحد يقسم الثمن على قيمة
كل واحد منهما فكذا هذا

باب كرى الدابة الى مكة

استاجر بعيرين الى مكة ليحمل على احدهما محملا فيه رجلان وما لهما من الوطا والدثر
ولم ير المكاري الوطا والدثر وعلى الاخر زاملة عليه كذا مختوما من السويق
وما يصلحه من الخل والزيت وما يكفي من الماء ولم يبين قدره وما يصلح من الخل والمعاليق
من القربة والمصفاة والمطهرة ولم يبين وزنه او شرط ان يحمل من هدايا مكة
ما يحمل الناس فهو فاسد قياسا لجهالة المحمول وجائز استحسانا لان المحمول على الدابة
في طريق مكة معلوم عرفا لان مقدار ما يحتاج اليه مثل هذا المستكري في طريق مكة
معلوم فيما بين الناس عرفا والمعلوم عرفا كالمعلوم شرطا ويحمل قربتين من ماء
واداوتين من اعظم ما يكون للتعارف ⊙ ولو شرط عليه عقبة الاجير جاز
وعقبة الاجير ان يستاجر اثنان دابة حتى يتعاقبا في الركوب ينزل احدهما
ويركب الاخر جاز وان لم يبينا مقدار ما يركبه كل واحد منهما لان مقدار ما يركبه
كل واحد منهما معلوم عرفا يركب احدهما ميلا وينزل الاخر والمعلوم عرفا كالمعلوم
شرطا ⊙ شرطا قدرا من الزاملة فما نقص في كل منزل فله ان يتمه لان بالاتمام يستوفي
مشروطه ⊙ تكارى شق محمل فقال الجمال عنيت عيدان المحمل وقال المستكري بل
عنيت الابل ان كان الكرى قدر ما يتكارى به حسب المحمل فالقول للجمال وان كان قدر ما يتكارى
به الابل فالقول للمستكري لان اسم المحمل كما يطلق على العيدان يطلق على الابل فيكون المراد
من هذا اللفظ مجهولا فوجب استبانة المراد من الملفوظ بالمسمى ونظيره لو اشترى
قربة بدرهم فقال المستكري عنيت به القربة لا الماء وقال الاجير عنيت به الماء
فانه يحكم الثمن فكذا هنا يحكم المسمى ⊙ استكرى الابل للحج فقال الجمال اخرج في عشر يمضين

من ذي القعده وقال المستكري في خمس او قال في غره الشهر فانه يخرج في الخمس في
الوجهين جميعا لان هذا اقرب الى المعتاد فيما بينهم لان المعتاد انهم يخرجون بعد
عشر يمضين من ذي القعدة لانهم كانوا لا يخافون فوات الحج ولا يلحقهم تعب
السرعة في السير بطي المراحل لان من الكوفه الى مكة سبعة وعشرين مرحله
فيحتاج الى سبعة وعشرين يوما فمتى خرجوا بعد مضي عشر من ذي القعده يكونون
يوم التروية بمكة لا محالة فكان القول قول من يدعي التقدم على الوقت المعتاد
بخمسة اقرب الى المعتاد من قول من يدعي التقدم بعشرة فكان الاخذ بقوله
اولى د ولو قال احدهما اخرج في النصف وقال الاخر في الخمس يوخر الى العشر
لا غير لان احدهما يدعي التقدم على الوقت المعتاد بخمسه والاخر يدعي التاخر
عنه بخمسه فاستوى القولان في المقاربه الى الوقت المعتاد فتساقطا للتعارض
فوجب الاخذ بالقول المعتاد الا اذا شرطا شيا فيكون املك لانه لا عبرة للعرف
متى جا الشرط بخلافه ه استكرى من الكوفه الى مكة ذاهبا وجائيا فمات
بعد ما قضى المناسك ورجع الى مكه فعليه من الاجر بحسابه من طريق الجادة من
الكوفه الى مكة سبعه وعشرون منزلا وايام المناسك سته ايام فالجمله ثلثه وثلثون
فيلزم ذلك من سبعين جزوا من الكرا لانه استوفى منافع هذا الابل ستون يوما سبعه
وعشرين يوما ذاهبا وسته لقضا المناسك لانهم يركبون المطايا في قضا المناسك
وسبعه وعشرين يوما للرجعه وقد استوفى ثلثه وثلثين لما مات بعد قضا
المناسك فعليه اجر ذلك ه ولو شرط المر على المدينه لزيارة قبر النبي عليه السلام
ثم مات بعد قضا المناسك فانه ينظر ان يزداد لك المر على المدينه في البدايه فعليه من
الاجر سته وثلثون جزوا من ثلثة وسبعين جزوا لانه يزداد ثلث مراحل بعد المر على

المدينه لانه يحتاج في العدول الى المدينه الى ثلث مراحل وقد استوفى سته وثلثين جزوا
سبعه وعشرون للذهاب الى مكة وثلث مراحل للمر على المدينه وسته ايام القضا
المناسك د وان شرط المر على في الرجعه يجب عليه ثلثه وثلثون جزوا من ثلثه
وستين جزوا من الكرا لانه استوفى من المنفعة ذلك ه ماشي استكرى بشرط ان يحمل
ان مرض او اعيا فهو فاسد لانه ربما يمرض وربما لا يمرض فيكون المعقود عليه على خطر
الوجود والعدم فيمنع الجواز كما في البيع ه اراد المستاجر تبديل محمله بمحمل غيره ان كانا
سواء فله ذلك لان ما يحمل والمشروط سوا في الضرر وان كان فوقه في الثقل والضرر
فليس له ذلك لان فيه زياده ضرر لم يرض به المكاري كما لو حمل الحنطة مكان
الشعير ه استاجر دابه من الكوفه الى بلد اخر وقبض ان حبسها مقدار ما يحبس
الناس الى ان يرحل لا يضمن وان حبس خلاف العرف يومين او ثلثه يضمن المستا
رجل اكترى جملا ليركبه الى مكه فحمله في اهله من غير عذر فلم يركبه لا اجر له
وهو ضامن للجمل ان اصابه شي لانه عقدا على السير والركوب الى مكة ه وكذا
لو استاجر قميصا ليلبسه الى مكه وكذا لو استاجر المحمل شهرا ليركبه الى مكة
لان الغالب فيه على الركوب الى مكه ه ولو استاجر حليا يزين به عروسه عشره
ايام وقبض الحلي ولم يزين عروسه قال يلزمه الاجر لان هذا على الايام د قال محمد
رجلان اكتريا بعيرا بينهما الى مكة فلما بلغا بعض البوادي قال احدهما انا اقيم هاهنا
وقال الاخر امرته ان ينتهي الى اقرب العمران منه لم احمل نصف البعير في يدي هذا ونصفه في يد
هذا ولا اجر الذي اراد المقام على الخروج ولو كان المكاري معهما
على المكتري الذي يريد السير نصف بعيره وان لم يكن المكاري معهما فاقاما البينه على
ما اكتريا فالقاضي ينظر في ذلك فيؤاجر نصف البعير الذي اقام فيكريه لصاحبه الغائب

فان لم يجد من يكتريه دفع النصف ودفعه الى المستاجر الذي يسيّره بامره ان
يركب نصفه ۝ استاجر من رجل ابلا على ان يسيره الى مكه عشرين ليله فسار به
نصف الطريق في عشر ليال ثم مات فله نصف الاجر المسمى لانه قد وفا له شرطه
الى ان مات وان سار به نصف الطريق في اثني عشر يومًا ثم مات فله اجر مثله
ولا يزاد على نصف المسمى وان سار به النصف الباقي في ثمان ليال فله جميع الاجر
المسمى استحسانا لانه اوفاه ما شرط له في عشرين يوما **الفتاوى** رجل استاجر رجلا
طعاما على ان يحمله من موضع الى موضع الى اثني عشر يوما فحمله في اكثر من ذلك قيل لا
اجر له وهذا بمنزلة رجل استاجر رجلا على ان يخيط ثوبا في يومه بدرهم فخاطه في اليوم
الثاني لا اجر له قال الفقيه ابو الليث هذا الجواب يصح على قول ابي حنيفه وعلى قياس
قولهما يجب الاجر لان من اصلهما ان الاجاره وقعت على العمل دون الوقت الا ترى
ان رجلا لو استاجر اجيرا ليعمل له هذا العمل اليوم جازت الاجاره على قولهما وتقع
الاجاره على العمل دون الوقت

باب ما يصير به مخالفا او ضامنا وما لا يصير

اصله ان المستاجر متى صار مخالفا فيما شرط له
فانه ينظر الى ضرر الدابه من حيث الخفه والثقل فان كان ضرر المحمول مثل ضرر
المشروط او اقل فلا شي عليه لان الراضي باكثر الضررين يكون راضيا بما دونه
او مثله دلاله وان كان اكثر منه ضررا فان كان من خلاف جنسه بان حمل
مكان الشعير الحنطه فعطبت الدابه ضمن ولا اجر عليه لانها هلكت بفعل غير
ماذون فيه فوجب الضمان دون الاجر لانهما لا يجتمعان وان كان من جنسه
بان حمل المسمى وزاد عليه فعطبت الدابه ضمن بقدر الزياده وعليه الاجر المسمى
لانها هلكت بفعل ماذون وغير ماذون فيقسم على ذلك القدر ۝ تكارى دابه

ليركبها ليس له ان يركب غيره لان الناس يتفاوتون في الركوب منهم من يضر ركوبه
بالدابه لخرقه ومنهم من لا يضر لحرفته ولهذا يعطي للرايض اجر على الركوب فلا
يدخل ركوب غيره في العقد كما في اللبس ۝ فان ركبها واركب معه غيره فان
سلمت الدابه فعليه الكرى كاملا لانه استوفى المعقود عليه وزياده فان عطبت
بعد البلوغ من الركوب فعليه الاجر كاملا ونصف قيمتها كان الرديف اخف او
اثقل اما الاجر فلانه استوفى المعقود عليه وزياده لان المعقود عليه قدر ركوبه
لا ما زاد عليه فضمن بقدر الزياده ولهذا الضمان ملك ما هو غير مستاجر ويوقف
الملك في غير المستاجر لا يمنع وجوب الاجر عليه فاما الضمان فلان التلف حصل بركوبهما
وركوب احدهما غير ماذون فيه فصار كما لو تلفت بجراحتهما واحدهما غير ماذون
فيهما ثم ان شاء المالك ضمن المستاجر وان شاء ضمن الرديف لان كل واحد منهما غاصب في
حقه وانما سوى بين الاثقل والاخف لانه قد يكون ركوب الخفيف اضر واخسر بالدابه
لخرقه وقله هدايته بامر الركوب لحركاته واضطرابه على الدابه ورب جسيم لا يضر
بالدابه لبصارته بامر الركوب فسقط اعتبار الثقل والخفه في الركوب وللبث
العبره للعدد كما في الجنايات العبره لعدد الجناه لا لعدد الجراحات هذا اذا
كانت الدابه تطيق ان يركبها اثنان فان كانت لا تطيق ركوب اثنين فعليه جميع
قيمتها لان هذا اتلاف منه معنى ۝ تكارى ليحمل انسانا فحمل امراه ثقيله لا يضمن
لان اسم الانسان يتناولها فان كانت ثقيله بحيث لا يحملها الدابه يضمن لانه يكون
اتلافا لا حملا ۝ تكارى الى واسط يعلفها ذاهبا وجائيا فركبها الى واسط وحمل
آخر معه او منعا في الرجوع فمفوضا من لما زاد من الحمل ويحسب له العلف لان الاجاره
وقعت فاسده لجهاله الاجر وهو العلف فقد ركبها بحكم الاجاره الفاسده فعليه

اجر مثلها في الذهاب لانه ركبها واحد وفي الرجوع ركبها اثنان فعليه نصف اجر مثل
ركوبها فاذا عطبت في الرجوع يضمن نصف قيمتها اذا الراكب معه غيره ولما زاد
من الحمل ان حمل المتاع لان العبرة في ركوب الادمي للعدد لا للثقل وفيما سوى الادمي
العبرة للثقل فيضمن بقدر ما زاد من الثقل وانما يعرف ذلك بالرجوع الى من يبصر
في ذلك الباب ان هذا الحمل باي قدر يزيد على ركوبه فيضمن بقدر ذلك لا ان يوزن الرجل
بالقبان
والمحمول بالقبان لان الحيوان لا يوزن بالقبان هذا اذا لم يركب على الحمل بل ركب موضعا اخر
فان ركب على المتاع يجب ان يضمن جميع القيمة لانه يجمع ثقل الحمل وثقل الراكب في مكان
واحد من الدابة فيصير ادق للدابة فيضمن جميع قيمتها كما لو استاجر عريانا فاركب واسرج
حتى تلفت الدابة يضمن جميع قيمتها فكذا هذا د استاجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل مكيلا
اخر اخف منها او ثقله مثل ثقل الحنطة لا يضمن والثقل من المسمى يضمن ولو استاجرها
ليحمل عليها مائة من قطن فحمل مثل وزنه حديدا او اقل ضمن لان الضرر ليس من حيث الخفة
والثقل ولكن من حيث ان القطن يبسط على ظهر الدابة فيكون ثقله على جميع العضو
فيكون ضرره اقل وثقل الحديد يكون في موضع واحد فيكون ادق للدابة فيكون اقوى في
الضرر د ولو استاجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل احد عشر فعطبت بعد
البلوغ فعليه الاجر كاملا ويضمن جزوا من احد عشر جزوا من قيمته لان التلف حصل
بالثقل وثقل عشرة اجزاء ماذون فيها وجزو واحد غير ماذون فيه فصار مخالفا في
الزيادة على قدر المشروط د تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل في جوالق
عشرين وامر رب الدابة بالوضع فوضع لا ضمان على المستكري لان حمل الكل حصل من رب
الدابة وامر المستكري بالحمل لا يصح لان صاحب الدابة مالك للرقبة فيكون امر المستكري اياه
بالحمل لغوا د ولو كان في جوالق واحد فحملاه جميعا على الدابة يضمن المستكري ربع قيمة

الدابة لان نصفه ماذون فيه ونصفه غير ماذون فيه وما هو ماذون فيه غير متميز عما
ليس بماذون فيه فصير المستاجر حامل عشرة مخاتيم نصفها ماذون فيه ونصفها غير
ماذون فيه فيضمن نصف نصفه بخلاف ما لو كان في جوالقين فحمل كل واحد جوالقا
لم يضمن المستاجر شيئا لان كل عشرة متميزة عن الاخرى غير شائعة فيجعل المستاجر
حاملا للعشرة الماذون فيها حملا لامره على الصلاح د استاجر دابة ليركبها وليعبر من
الثياب اكثر مما كان عليه حين الاجرة فعطبت الدابة ان لبس مثل ما يلبس الناس فلا ضمان
عليه والا يضمن الزيادة لان قدر المعروف داخل تحت الاجارة والزيادة لا د اكترى
دابة ليحمل امراة محمل فولدت فحمل الولد معها يضمن بقدر الولد وكذلك لو ولدت
الناقة فحمل ولدها مع المراة لان حمل الولد مقصودا غير داخل تحت الاجارة بل دخل
فيها تبعا وبعد الانفصال صار مقصودا فيكون حمل الولد بغير اذن المالك فيصير ضامنا
وان كان ولد الناقة ملك صاحب الدابة كما لو حمل على دابته شيئا اخر من ملكه د اكترى
ليحمل المحمل فحمل زاملة يضمن لانها اثقل وان حمل رجلا مكان المحمل لا يضمن لانه اخف د
تكارى دابة ليطحن عليها كل شهر بعشرة ولم يسم كم يطحن كل يوم فجور وان طحن ما خرج
عن العرف يضمن لان الاجارة انصرفت الى قدر ما يطحن عليها في العرف والعادة لان
المعروف كالمشروط واذا جاوز المعروف ضمن د واذا استاجر دابة باكاف فاسرجها
لا يضمن لان الضرر اقل لان السرج اخف على الدابة من الاكاف د ولو استاجر حمارا بسرج
فابدله بسرج اخر ان كان يسرج بمثله الحمار لا يضمن وان كان لا يسرج بمثله ضمن بقدر
ما زاد فان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله ذكر في الاصل انه يضمن بقدر ما زاد حتى لو كان ثقل
الاكاف ضعف ثقل السرج يضمن نصف قيمة الدابة عندهما لهما ان الاكاف
والسرج جنس واحد في حق المقصود وهو الركوب لان كل واحد اله للركوب فانه يتخذ

من الخشب ولا يكون مثله وبين السرج تفاوت في ذلك فيكون الاذن بالسرج اذنا بالاكاف
دلالة الا ان الاكاف لما كان اثقل من السرج لا يكون اذنا بتلك الزيادة فيضمن تلك الزيادة
وجه رواية الجامع وهي الاصح ان الاكاف ليس من جنس السرج لا صورة ولا معنى لان
الاكاف يستعمل للحمل لا للركوب عادة والسرج يستعمل للركوب لا للحمل واثر الاكاف
يخالف ايضا لانه لا ينبسط انبساط السرج فصار مخالفا الى جنس اخر غير المسمى فلم
يصر مستوفيا شيئا من المسمى فيضمن الكل كما لو حمل الحديد مكان الحنطة ذكر ما يركب عريانا
فاسرجه وركب ذكر في الاصل انه يضمن فتحمل المسألة محمولة على ما اذا اكترى الى
موضع يركب بغير اكاف وسرج فلم ياذن له بالاسراج والاكاف فاما اذا كان لا يركب
الا بسرج فان استاجره ليركب خارج المصر في السفر فاسرجه لا يضمن لانه لا يركب من
بلد الى بلد الا بسرج فيثبت الاذن بالاسراج دلالة وان استاجره ليركبه في المصر
فان كان رجلا من الاشراف او الاوساط لا يضمن ايضا لان مثله لا يركب من غير سرج
فيكون اذنا به دلالة وان كان من الاسافل يضمن لان مثله يركب من غير سرج باكاف
او عريانا فلا يكون ماذونا به والسرج اثقل فيضمن ولو استاجر حمارا بغير لجام فالجمه
بلجام مثله لا يضمن لان اللجام انما وضع لضبط الدابة عن السير وعطفها فلا بد
للراكب من ذلك فيصير ماذونا بالالجام دلالة اذا كان الحمار يلجم مثله حتى لو كانت
دابة لا تلجم يضمن لان الضبط والعطف ممكن من غير لجام فلا يصير ماذونا به دلالة ولو
استاجرها الى مكان فجاوز بها ذلك المكان ثم رجع فهي امانة عند ابي حنيفة ثم رجع فقال
وهو قولهما يضمن ما لم يدفعها الى صاحبها وكذلك المستعير اذا تعدى ثم زال التعدي لم
يبرا من الضمان بخلاف المودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك الخلاف يبرا من الضمان والفرق
ان المستاجر والمستعير غير مامور بالحفظ مقصودا وانما ثبت الامر بالحفظ ضمنا للاجارة

والاعارة ضرورة استيفاء المنفعة لا مقصودا فلم يكن نائبا عن المالك في الحفظ وقد
ارتفعت الاجارة لما انتهى الوقت فلا يبقى الامر بالحفظ فقد تلفت العين في يد من ليس بنائب
عن المالك فيضمن واما المودع فمامور بالحفظ مطلقا فكان نائبا عن المالك في قبض العين
بعد ترك الخلاف وقد تلف في يد نائب المالك فلم يضمن ولو استاجره ذاهبا وجائيا
فجاوز به ثم عاد يبرا عن الضمان لانه عاد الى الوفاق وعقد الاجارة قائم فبقي الامر
بالحفظ فيعود امينا كما في المودع ولو ضرب الدابة او كبحها باللجام في السير فعطبت
يضمن بلا اذن عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن اذا لم يجاوز حد العادة لانه ماذون من جهة
المالك بضرب مثله في العادة لاستخراج السير لانه لا بد للسير من الضرب والسير لا بد
من الضرب الكثير فقيد بالسير بما يضرب الناس مثله في العرف والعادة والمعروف
كالمشروط وله انه غير مامور بالضرب من جهة المالك لا نصا ولا عرفا لان الناس
قد يضربون لاستخراج السير وقد يكتفون بتحريك الرجل وبالصياح والسير يمكن بدون
الضرب بتحريك الرجل وبالصياح فلا يثبت الاذن بالضرب لا عرفا ولا ضرورة السير
قال ان كفاني قميصا فاقطعه فقطعه فلم يكفه فهو ضامن لان هذا اذن مشروط بشرط
الكفاية وبدون الشرط لا يكون ماذونا ولو قال هل يكفيني فقال نعم قال فاقطع فلم يكفه
فلا ضمان لانه امره بالقطع مطلقا غير معلق بشرط الكفاية لانه لم يذكر حرف
التعليق فيكون اذنا مطلقا الا ان الخياط غره ومثله لا يوجب الضمان ولو قال انظر
الى هذا الثوب هل يكفيني قميصا فقال نعم قال فاقطعه او قال اقطعه اذا فقطعه فاذا
هو لا يكفيه لم يذكره محمد في الكتاب وقال الفقيه ابو بكر البلخي انه يضمن لان قوله فاقطعه
والفاء حرف تعليق لانه يذكر جوابا للشرط لا ابتداء فيقتضي شرطا فصار كانه قال
ان كان يكفيني فاقطعه كمن قال لاخر بعت منك هذا العبد بالف درهم فقال المشتري فهو حر

كان قبولا واغنانا فيصير جوابا له فاما في قوله فاقطعه اذا فلانه مما لا يبتدأ به
الكلام وانما يذكر جوابا للشرط فاقتضى شرطا فصار كانه قال ان كان يكفيني
فاقطعه اذا **النوادر** رجل دفع الى رجل ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه
قبا فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القبا واعطاه اجر مثله ولا يجاوز به درهما
يريد بالقبا القرطق الذي هو ذو طاق واحد لان هذا القبا يستعمله بعض الناس استعمال
القميص فكان مخالفا من وجه موافقا من وجه فان شاء مال الى جهة الخلاف وترك
القبا عليه وضمنه قيمة الثوب وان شاء مال الى جهة الوفاق واخذ القبا ويلزمه
اجر المثل ولا يزاد على المسمى وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يضمن قيمته ولا سبيل له
عليه لان هذا غاصب خايط ثوب غيره بغير امره لان القبا جنس اخر غير جنس
القميص ولا يتناوله الامر اصلا استاجر قميصا ليلبسه ليذهب الى مكان كذا فلم
يذهب الى ذلك الموضع ولبسه في موضعه قيل هو مخالف ولا اجر عليه وقال
الفقيه ابو الليث عندي انه غير مخالف ويجب عليه الاجر لان هذا خلاف الى خير
وليس هذا كمن استاجر دابة ليذهب الى موضع كذا فركبها في المصر في حوائجه فهو
مخالف لان اجارة الدابة لا تجوز الا ان يبين المكان وفي الثوب يحتاج الى بيان الوقت
ولا يحتاج الى بيان المكان

باب ضمان الاجير المشترك وحكم الاجير الخاص

الاجير المشترك كاسمه الذي يتقبل الاعمال من الناس كالصباغ
والقصار ونحوهما ويعمل لهم جميعا وليس لمن استاجره ان يمنعه عن العمل لغيره لان المعقود
عليه العمل دون المنفعة فكان له ان يصرف منفعة نفسه الى عمل الغير ولو هلك
العين في يده فلا يخلو اما ان هلك بصنعه او لا بصنعه فان هلك لا بصنعه فلا
ضمان قبل العمل ولا ضمان ولا اجر بعد العمل عند ابي حنيفة وعندهما يجب الضمان

الا اذا هلك بامر لا يمكن التحرز عنه كالحرق والغرق الغالب والعدو المكابر ثم ان
شاء ضمنه معمولا فاعطاه الاجر وان شاء ضمنه غير معمول ولا اجر له وقال زفر
لا ضمان عليه وله الاجر لان العمل كما يوجد يقع مسلما الى المالك لان يد العامل
على العين يد المعمول له لانها يد امانة فيكون العمل واقعا في يد المالك معنى فيقع مسلما
كالوكيل بالشرا اذا قبض المبيع فانه يصير الموكل قابضا حتى لو هلك يهلك على الموكل
لهما ان الحفظ مستحق عليه كالعمل لانه لا يقدر على العمل الا به فاذا هلك بامر يمكن
التحرز عنه يضمن كما اذا هلك في العمل له ان المقبوض امانة عنده بدليل انه اذا هلك
بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمن ولو كان مضمونا في يده لضمن كالمغصوب فحال انه
امانة والامانة لا تضمن الا بالتعدي ولم يوجد منه تعدي واما اذا تلف من عمل الاجير
المشترك كالقصار اذا دق الثوب فتخرق او القاه في النورة فاحترق او الملاح بمد
السفينة غرقت او الحمال اذا تعثر وعثرت دابته او زلق ضمنه كان المالك معه
او لم يكن وقال زفر والشافعي لا يضمن لهما ان الفساد حصل بعمل ماذون فيه من جهة المالك
لانه اذن له في الدق المعتاد الذي لا ينسب فيه الى قصور وتقصير وقد اتى بالدق
المعتاد من غير قصور فيه ولا تقصير فيه وانما التلف وقع بخطا يتعذر الاحتراز
والتحفظ عنه فان الماهر الحاذق في العمل لا يمكنه الاحتراز من الخطا والزلل اما
لغفلة او فترة لا يخلو الانسان عنها عادة بعثه حتى لو كان الفساد من تقصيره
او قصوره في المعرفة والهداية لزمه الضمان لنا ان الفساد نتيجة عمل غير
ماذون فيه لان الداخل تحت العقد العمل المصلح المزيل المثبت لوصف القصارة دون العمل
المفسد المجري المخرق للثوب لان الانسان يدفع ثوبه الى القصار ليزينه ويبيضه بالقصارة
والمخرق ضد المزين فالعقد على الشي لا يتناوله ضده والفساد انما جا اما لحمله بالقصارة

حيث ظن انه يحتمل الثوب كذا كذا مدقة ولا يحتمل او لمعنى في المدقة من الخشونة ونحوها
او الحصاة في طي الثوب والتحرز عن هذه الاسباب ممكن من غير مشقة وحرج فكان
الداخل تحت العقد القصارة السالمة عن الفساد فلم يصر العمل المفسد ماذونا
فيه فيضمن قيمة هذا الجزء غير مقصور لانه لم يسلم قصارة هذا الجزء الى الاجر
وفي الحمال اذا انعثر او عثرت دابته ان شاء ضمنه قيمته حين حمله ولا اجر له وان
شاء ضمنه قيمته حيث انكسر وله من الاجر بحسابه لانه تصدى له سببا ضمان العقد
والعمل المفسد فان العمل المفسد اوجب الضمان باعتبار العقد من حيث ان المفسد غير داخل
تحت العقد فانه لولا العقد لما وجب الضمان فباعتبار العقد كان له التضمين حالة الاخذ
والحمل وباعتبار الفساد كان له التضمين حالة الفساد والانكسار فيتخير كالقصار اذا
استهلك الثوب فصاحب الثوب ان شاء ضمنه قيمته مقصورا يوم الاستهلاك واعطاه
الاجر وان شاء ضمنه غير مقصور بالعقد ولا اجر له ثم الاجير المشترك انما يضمن ما
جنت يده بشرائط ثلثة بان يكون في وسعه دفع ذلك الفساد وان يكون محل العمل مسلما
اليه وان يكون المقصود مما يجوز ان يضمن بالعقد اما الاول يجب ان يكون في وسع الاجير
دفع ذلك الفساد حتى لو غرقت السفينة من موج او ريح اصابتها او جبل صدمها
لا ضمان على الملاح وكذا الحمال اذا زحمه الناس فانكسر فلا ضمان عليه لان العقد لا ينعقد
على ما ليس في وسعه وكذا البزاغ والفصاد والحجام والختان لا يضمن اذا مات من ذلك
لانه ليس في وسعه التحرز عن السراية فيتناول العقد مطلق العمل ضرورة ان لا يستعملوا
الحجامة مخافة السراية فيتضرر به الناس وبه فارق الحمال والاجير المشترك واما
الثاني يجب ان يكون محل العمل مسلما اليه بالتخلية حتى لو كان صاحب المتاع معه او وكيله
بان كان راكبا في السفينة فانكسرت بجذب الملاح او على الدابة فعطبت بسوق صاحبها

فلا ضمان عليه الا اذا تعمد شيئا لان هذا الضمان ضمان العقد وضمان العقد لا يجب
الا بالتخلية كما في بيع العين قال محمد وكذلك اذا كان رب المتاع والمكاري راكبين
على الدابة او سائقين او قائدين وهو قياس قول ابي يوسف بخلاف ما لو كان صاحب
المتاع يسير خلف الدابة لا يسوقها فعطبت الدابة وهلك المتاع يضمن الاجير
لان محل العمل مسلم اليه لانه سلم المتاع اليه وسيره معه خلف الدابة ليس باسترداد
لما دفع اليه لان بهذا السير غير ممكن من الدابة فكيف يمكن مما عليها بخلاف ما اذا كان راكبها
او سائقها او قائدها لانه متمكن من الدابة فيكون متمكنا مما عليها ٭ وعن ابي يوسف اذا
سرق المتاع من راس الحمال ورب المتاع معه فلا ضمان عليه هكذا ذكره الكرخي في
مختصره لان صاحب المتاع لم يخل بينه وبين المتاع فلم يكن في يده فلا يضمنه الحمال باليد ٭
واما الثالث ان يكون المضمون مما يجوز ان يضمن بالعقد حتى لو استاجر دابة ليحمل عبدا
صغيرا او كبيرا فلا ضمان على المكاري فيما عطبت من سياقه وقوده ٭ وكذا لو حمل عليها
المتاع والعبد فمات العبد وفسد المتاع يضمن المتاع دون العبد لان ما يجب بقتل العبد
ضمان دم وضمان الدم لا يجب بالعقد الا ترى انه يجب على العاقلة وضمان العقود
لا يجب على العاقلة ثم انما يضمن المتاع اذا كان العبد لا يصلح لحفظ المتاع فاما اذا كان
يصلح لحفظ المتاع لا يضمن المتاع لانه في يد العبد ويد العبد يد المولى فكان بمنزلة
ما لو كان على الدابة وكيل المولى ٭ تلف من فعل اجير القصار لا متعمدا فالضمان على
القصار دون الاجير لان التلف حصل من عمل القصارة والاجير ماذون في عمل القصارة
فيصير عمله منقولا الى القصار كانه فعله بنفسه ٭ ولو وطئ على ثوب من القصارة
فخرق ينظر ان كان ثوبا يوطأ مثله فلا ضمان عليه لانه ماذون بذلك من جهة الاستاذ
دلالة فان كان لا يوطأ مثله بان كان رقيقا فانه يضمن الاجير لانه غير ماذون بالوطئ

من جهة الاستاذ دلالة ۞ ولو وقع من يده سراج فاحرق ثوبا من القصارة او حمل شيا
من بيت القصار باذنه فسقط على ثوب القصارة فيحرق فالضمان على الاستاذ لا عليه لانه
ماذون فيه من جهة الاستاذ فيصير عمله منقولا اليه كما لو دق فيحرق وكذلك لو استاجر
رجلا ليخدمه فوقع شي من يده وسقط على متاع البيت فافسده لا ضمان عليه لانه
ماذون برفع متاع البيت ووضعه فالفساد تولد من عمل ماذون فيه فلا يضمن ۞
وكذا لو انفلتت المدقة من يده فحرق ثوبا من القصارة فالضمان على الاستاذ لان هذا
من عمل القصارة فيكون ماذونا فيه ولو وقع على ثوب وديعة عند الاستاذ فحرقه
ضمنه الاجير وكذا في السراج اذا احرقه لانه ليس باجير فيما ليس من باب القصارة
والاذن بالعمل انما ثبت بالاجارة فلم يكن ماذونا بالعمل فيما ليس من ثياب القصارة
فلم ينتقل فعله الى الاستاذ وكذلك ان اصاب ادميا فقتله فضمانه على الاجير
وذكر في الاصل لو انفلتت المدقة فاصابت شيا فضمانه على القصار ولم يفصل
بين ثوب القصارة وغيره ومشايخنا فصلوا وقالوا ان انفلتت ووقعت
على ثوب الوديعة بعد ما وقعت على ثوب القصارة يضمن الاستاذ دون
الاجير لان المدقة متى وقعت على ثوب الوديعة ابتدا فهذا العمل غير ماذون فيه
اصلا فضمن واذا وقعت على ثوب القصارة اولا ثم انفلتت الى ثوب الوديعة
فهذا العمل ماذون فيه من جهة الاستاذ لانه اجير في حق ثوب القصارة فيكون ماذونا
بدقه فانتقل هذا القدر من العمل الى الاستاذ فكان الاستاذ دق بنفسه ثم انفلتت
المدقة الى ثوب اخر يضمن الاستاذ دون الاجير فكذا هذا وكذلك على هذا التفصيل
ان اصاب ادميا ۞ ولو مشى ضيف على بساط المضيف او جلس على وسادة فيحرق
لم يضمن وكذلك ان خرق بسيفه المتقلد به لانه ماذون له في استعماله فما تولد منه لا يكون مضمونا

ولو وطي على انية من الاواني ضمن لان هذا لا يوذن في وطيه وكذا لو وطي ثوبا لا
يبسط مثله ولو قلبوا انا بايديهم فانكسر لم يضمنوا لانه ماذون له في استعماله
ولو جفف القصار ثوبا على حبل فخرقته حمولة في الطريق فالضمان على سايق الدابة
لان مشي الدابة مضاف الى السايق ولهذا لو وطيت انسانا فمات يضمن السايق فما
تولد من مشيها يكون مضمونا على السايق لانه اتلف بالسوق ۞ واذا ساقها الراعي فتناطح
او وطيت بعضها بعضا فمات وهو غير مشترك ان كانت لواحد فلا ضمان عليه
لان اجير الواحد لا يضمن ما هلك بيده وان كانت لاقوام يضمن مشتركا كان او
غير مشترك ۞ الماخوذ بحكم الاجارة الفاسدة اذا هلك فلا ضمان لان المعقود
عليه المنفعة فانها مضمونة باجر المثل فاما العين امانة في يده فلا يكون مضمونة
عليه ۞ رد القصار عليه ثوب غيره خطا او عمدا فاتلفه فمالكه بالخيار ان شا
ضمن القصار قيمة ثوبه ورجع به القصار على المتلف ويرد عليه ثوبه وان شا
ضمن المتلف ورجع المتلف بثوبه على القصار لان كل واحد منهما غاصب في حق
المالك المتعا رجل دفع الى قصار ثوبا ليقصره فجا يطلب ثوبه فدفع اليه
القصار ثوبا على انه له فضاع فهو ضامن له وكل من اخذ شيا على انه له فلم يكن
له فهو ضامن ۞ ولو كان صاحب الثوب بعث رجلا لياخذ ثوبه فدفع
القصار ثوبا الى الرسول فضاع فان كان الثوب للقصار فلا ضمان على الرسول
وان كان لغير القصار فلرب الثوب ان يضمن ايهما شا القصار او الرسول وايهما
ضمن لم يرجع على الاخر ۞ حايك عمل ثوبا لرجل فجا الطالب فتعلق به لياخذه وابى
الحايك ان يدفع حتى ياخذ الاجر ونحرق في يد صاحبه لا ضمان على الحايك وان تحرق
في يديهما فعلى الحايك نصف قيمته الخرق ۞ ولو كان الطعام في سفينتين مقرونتين

وسيرهما معا وحبسهما معا ورب المتاع في احدهما فلا ضمان على الملاح فيما هلك
وكذلك القطار اذا كان عليه الحمولة ورب الحمولة على بعير فلا ضمان على الجمال لان
يد صاحب المتاع ثابتة على جميع ذلك وعن ابي يوسف في الحمال ورب المتاع اذا حملاه
ليضعاه على راس الحمال فوقع وهلك فلا ضمان على الحمال لانه لم يسلم اليه فان المتاع
في يده ما لم يزل يده عنه فلم يصح التخلية ولو حمله الى بيت صاحبه ثم انزله الحمال
وصاحب المتاع من راسه فوقع من ايديهما وهلك فالحمال ضامن عند ابي يوسف
وهو قول محمد اولا ثم رجع فقال لا ضمان على الحمال لان المتاع قد وصل الى يد صاحبه
الى اخذه بيده يبرا الحمال عن الضمان لابي يوسف ان يد الحمال كانت ثابتة على المتاع
وكان مضمونا عليه فلا يزول الضمان الا بزوال يده وبانزالهما معا لم يزل يد الحمال فلا
يزول الضمان قال الفقيه ابو الليث في نوازله القياس ان يضمن النصف لان المتاع وان كان
في يد الحمال فقد سقط من فعلهما جميعا وهو اختيارنا ٥ استاجر قدرا فلما فرغ
حمله على حمار فزلق رجل الحمار فانكسر القدر فان كان الحمار يطيق حمل ذلك القدر
فلا ضمان عليه لان رده وان كان على المواجر الا ان بين الناس ان المستاجر يحمل الى
المواجر وان كان لا يطيق حمله فانه يضمن وروي عن ابي يوسف في القصار اذا
استعان بصاحب الثوب ليدقه معه فتخرق ولا يدري من اي الدقين تخرق قال على
القصار نصف الضمان وقال محمد عليه كل الضمان حتى يعلم انه تخرق من دقهما او من
دق صاحبه لان الثوب صار مضمونا عليه بالقبض فلا يخرج عن كونه مضمونا بالشك
حتى يعلم انه تخرق من صنع المالك لابي يوسف انه احتمل ان التلف حصل من فعل
القصار واحتمل انه حصل من فعل المالك وليس احد الفعلين باولى من الاخر فيضاف
التلف الى فعلهما فوجب نصف الضمان على القصار وعن محمد فيمن دفع الى رجل

مصحفا ليعمل فيه ودفع معه الغلاف او دفع سيفا الى صيقل ليصقله باجر
ودفع معه الجفن فضاع ذلك قال يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن
لان الجفن للسيف لا يستغنى عن الجفن والمصحف لا يستغنى الا مع الغلاف فصار كالشيء
الواحد ٥ فان اعطاه مصحفا ليعمل له غلافا فضاع المصحف او سفطه باجر فضاع
غلافه او اعطاه سكينا ليعمل له غلافا فضاع السكين او ثوبا ليرفوه في منديل فضاع
المنديل او ميزانا ليصلح كفته فضاع العمود الذي يكون فيه الميزان لم يضمن لانه لم يستاجره
لايقاع العمل فيه وانما استاجره ليعمل في غيره فلم يكن المحل محل العقد فلا يكون مضمونا
عليه ٥ رجل دفع الى خياط ثوبا فقال اقطعه حتى يصيب القدم وكمه خمسة
اشبار وعرضه كذا فجاء به ناقصا فان كان قدر اصبع ونحوه فليس بشيء لانه لا يعد
نقصانا عرفا وان كان اكثر فله ان يضمنه لانه يكون نقصانا متفاحشا ٥ رجل
له عدل زطي وعدل هروي فقال لاخر احمل اي هذين العدلين شئت على انك ان حملت الزطي
الى منزلي فلك درهمين وان حملت الهروي فلك درهم قال محمد الاجارة جائزة وايما
وقعت على احدهما بعينه فايهما حمل اول مرة فله اجره وهو متطوع في حمل
الاخر وضامن له ان ضاع في قولهم جميعا وان حملهما جميعا فعليه نصف اجر كل
واحد منهما وان هلكا في يده ضمن في قياس قول ابي حنيفة نصف كل واحد منهما وعندهما
ضمنهما جميعا حتى يدفعهما الى صاحبهما وعليه نصف اجر كل واحد منهما ٥
رجل دفع ثوبا الى قصار ليقصره باجر معلوم فجحد القصار الثوب وحلف ثم
جاء بالثوب مقصورا فانه ان كان قصره قبل الجحود فله الاجر وان كان
قصره بعد الجحود فلا اجر له ولو كان هذا صباغا والمسالة بحالها فان علم
انه صبغه قبل الجحود فله الاجر وان صبغه بعد الجحود فلصاحب الثوب

بالخيار إن شاء أخذ ثوبه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه وإن شاء ترك الثوب وضمنه
قيمته أبيض ۞ ولو دفع إلى نساج غزلا والمسألة بحالها فإن نسج قبل الجحود فله
الأجر وإن نسج بعد الجحود فالثوب له وهو ضامن للغزل مثله ۞ ولو استأجر
دابة ثم أنكر في نصف الطريق قال أبو يوسف يلزمه الأجر قبل الإنكار
ولا يلزمه بعد الإنكار وقال محمد لا يسقط عنه الأجر لأنه ليس للمؤاجر
أن يأخذ منه في وسط الطريق فبقي في يده في حكم الإجارة ۞ رجل استأجر
عبدا سنة وقبض العبد فلما مضى نصف السنة جحد أن يكون استأجره وقيمة
العبد يوم جحد ألف درهم ومضت السنة وقيمته ألف ثم مات العبد فلا
أجرة له لأنه ضمنه ويضمن قيمة العبد ألف درهم أما الرد والإجارة لأنه قد
استعمله السنة كلها فلما مضت السنة كان عليه أن يرده فلما عجز عن رده
يضمن قيمته وقد كان لزمه الأجر قبل أن يضمن فلم يجتمع الأجر والضمان في وقت
واحد ۞ رجل دفع إلى رجل زجاجة ليقطعها له بأجر معلوم فقطعها
فانكسرت وقد قال له الدافع لا ضمان عليك إن انكسرت ينظر إن كان هذا
لا يكاد يسلم مثله من الكسر فلا ضمان عليه وإن كان يسلم أحيانا وينكسر
أحيانا فهو ضامن ۞ سمسار باع ما أُمر ببيعه فأمسك الثمن عنده بأمر
صاحب الحمولة فسرق الثمن لا ضمان عليه بالإجماع لأنه يأخذ الأجر للبيع
لا للإمساك وهو أمين بإمساكه **فصل** الأجير الخاص من يستحق الأجرة
بالوقت دون العمل كمن استأجر إنسانا ليخدمه شهرا أو ليقصر معه أو ليعمل
عملا أو ما هو في معنى الوقت بأن أجر نفسه منه إلى مكة يستحق الأجرة
بتسليم النفس في المدة وليس له أن يؤاجر نفسه من غيره لأن المعقود عليه

هو المنفعة دون العمل المأتي به وإنما يذكر العمل لصرف المنفعة المستحقة إلى تلك
الجهة ومتى صارت منفعته مستحقة للمستأجر لا يمكن صرفها إلى
عمل غيره فلا يمكنه في تلك المدة العمل لغيره فسمي أجيرا خاصا لهذا ولا ضمان
عليه فيما هلك في يده وما هلك من عمله فلا ضمان عليه إذا لم يتعمد الفساد
لأن المعقود عليه المنفعة والمنفعة سلمه وإنما العيب في العمل الذي هو
سبب للمنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونا عليه إلا إذا
تعمد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع إذا تعدى وعلى هذا تلميذ القصار
وأجراء سائر الصناع فالضمان على الأستاذ دون الأجير لأنه قد أوفى العمل
الذي كان واجبا عليه بفعل الأجير فصار عمله مضافا إلى الأستاذ وكأنه فعله
بنفسه فيجب عليه الضمان كما لو عمل بنفسه ولا يرجع عليهم بما ضمن لأنه أجير
خاص في حق الأستاذ

باب إجارة الراعي

استأجره
ليرعى غنمه بأجر معلوم كل شهر جاز لأن العمل معلوم والأجر معلوم ثم
الراعي لا يخلو إما أن يكون أجير وحد أو أجيرا مشتركا وإنما يكون أجير وحد
بأن أوقع العقد على المدة لا على العمل بأن استأجره شهرا ليرعى غنمه بدرهم ولم يرد
على هذا فهو أجير وحد لأنه أوقع العقد على المدة لما قدم ذكر الوقت على
العمل وقوله ليرعى غنمه يحتمل أن يكون العقد على العمل ويحتمل أن يكون لبيان نوع
العمل المستحق على الأجير في المدة فلم يتغير أول الكلام فبقي أجير وحد وكذلك
لو استأجره ليرعى غنمه بدرهم شهرا وشرط عليه أن لا يرعى غنم غيره
فهو أجير وحد لأنه أضاف العقد إلى الوقت لا إلى العمل ۞ وإن استأجره
ليرعى غنمه بدرهم شهرا ولم يشترط أن لا يرعى غنم غيره فهو أجير مشترك

لانه اوقع العقد على العمل لما قدم ذكر العمل على الوقت واجير المشترك من يكون
العقد مضافا الى العمل لا الى الوقت فان كان الراعي اجيرا خاصا فليس له
ان يرعى لغيره لانه ليس لاجير الوحد ان يواجر نفسه من غيره لان منفعته
صارت مستحقة للاول بالعقد فلا يملك صرفها الى غيره ۝ ولو انه اجر
من غيره ورعى غنم الاول والثاني استحق الاجر كملا على كل واحد منهما
لا يتصدق بشيء منه وياثم لانه اوفى العمل الى كل واحد منهما بتمامه كما لو
استاجر ظئرا شهرا لترضع ولده فاجرت نفسها من اخر وارضعت
ولد كل واحد منهما تستحق الاجر كملا فكذا هذا ۝ ولو ماتت شاة او
اكلها او عرقت في نهر تسقيها شيئا فلا ضمان على الراعي لانه امين فلا يضمن
الا بالخيانة ولا ينقص من الاجر بحسابها لان المعقود عليه في الاجير الخاص
المنفعة والواجب تسليم النفس وقد سلم الى ان سلم النفس ولم يامره
بالرعي يستحق الاجر وهو مصدق فيما يدعي من الهلاك مع اليمين لانه امين ۝
ولو سلم الى الراعي الوحد عددا فاراد ان يزيد عليه والراعي يطيقه فله ذلك استحسانا
لان المستحق عليه الرعي بقدر ما يطيقه لا رعي اغنام بعينها لان المستحق تسليم
النفس لعمل الرعي مطلقا وليس فيه زيادة عمل حتى ان الظئر لو ارادت
ارضاع صبي بعد ما استاجرها لارضاع صبي لا يملكه لان فيه زيادة
عمل وعليه رعي اولادها ولا يسقط شيء من اجره بتبع بعضها لان المستحق
عليه تسليم النفس في المدة للرعي وقد وجد فاما اذا كان الراعي
اجيرا مشتركا فحكمه حكم الاجير المشترك وليس لرب الغنم ان يزيد عليه
لان المستحق على الاجير المشترك قدر ما سمي في العقد لانه لا يجوز العقد
على غير مسمى ولو وجد الكلام من الاجير المشترك

في الاجير المشترك الا ما لاشارة الى الاغنام او بذكر القدر يتعلق العقد
بالمسمى فلا يستحق عليه الزيادة ولا يلزمه رعي الاولاد وما تبع منها
سقط من الاجر بحسابه لانه لم يشترط عليه رعي الاولاد ۝ ولو شرط
عليه ان يرعى اولادها فسد قياسا لانه لا يدري قدر ما يلد الاغنام
فيكون رعي الاولاد مجهولا فيكون المعقود عليه مجهولا وصح استحسانا
لان هذه الجهالة غير مفضية الى المنازعة عرفا لان العرف قد جرى برعي
الاولاد مع الامهات ولانه لو لم تصح هذه الاجارة تحتاج الى فصل الاولاد
برعي الاوقات والى راع اخر وفيه ضرر فقلنا بصحته دفعا للضرر عن ارباب
الاغنام ۝ راع مشترك خلط الغنم فالقول في التمييز للراعي مع يمينه ان جهل
صاحبه لانه متى عرف غنم كل واحد لا يكون هذا الخلط استهلاكا وهو
امين فيكون القول له كالمودع فان جهل هو يضمن قيمة الكل لان هذا الخلط
استهلاك فصار متلفا للغنم في حق الارباب معنى فيضمن كما لو خلط الحنطة
بالحنطة ۝ راع مشترك يشترط عليه ان ياتي بسمة الميت والا فهو ضامن
فلم يات لم يلزمه الضمان لان اتيان السمة عمل شرط عليه فيما بعد انفساخ
الاجارة لان الاجارة انفسخت في حق الميت فلا يلزمه ذلك لانه امين شرعا
فيما مات في يده فلا يصير ضمينا بالشرط كالمودع هكذا ذكر في المبسوط
ولم يذكر فيه خلافا وذكر الحاكم في مختصره انه لا يضمن عند ابي حنيفة
وعندهما يضمن لانه شرط مطابق ۝ وليس للراعي ان ينزي على الماشية
بدون اذن مالكها فان فعل فعطب منه شيء ضمنه لان الانزاء ليس من الرعي
فلم يدخل تحت الاجارة فلم يصر ماذونا فيه ۝ فان نزا الفحل بدون فعله

لم يضمن اذا عطب لان الهلاك لم يكن بفعله فانه برسله وهذا عند ابي حنيفه
وعندهما يضمن لانها ليست من الاسباب التي لا يمكن التحرز عنه ٥ ند[ت] واحده
يخاف على الباقي ان يتبعها فلا ضمان عليه في الباقي عند ابي حنيفه لانه ترك
حفظها بعذر كيلا يضيع الباقي والامين اذا ترك الحفظ بعذر لا يضمن كما لو
دفع الوديعه الى اجنبي حالة الحريق الغالب وعندهما يضمن لانه الحفظ بعذر
يمكن الاحتراز عنه كما لو سرق وهو نايم كما هو اصلهما في تضمين الاجير المشترك
وكذلك لو تفرقت فرقا فرقا فلة اتباع بعضها الا غير ٥ ولو استاجر من ياتي بالنادّ
فهو ممنوع ٥ ولو ذبح الراعي شاة خوفا عليها ضمن قيمتها يوم الذبح قال مشايخنا
هذا اذا كان شاه يرجى حيوتها فان كان لا يرجا حياتها وتيقن بموتها فانه لا
يضمن متى ذبح لانه مامور بالحفظ من جهه المالك لان الامر بالرعي امر بالحفظ ولزمه
الحفظ على المالك بقدر الامكان ولا امكان للحفظ في هذه الحالة الا بالذبح حتى لا
يفسد اللحم كالقصاب اذا اشترى شاه وشد رجليه فذبحها انسان لا يضمن
لانه رضي بذبحها دلالة بخلاف ما لو ذبح شاه للغير قد اشرفت على الموت
يضمن لانه لم يوجد من المالك صنع يدل على الرضا منه بالذبح ودلالة حال
المالك بالاذن بالذبح في هذه الحالة محتمله لانه كما يذبح المالك في هذه الحالة يترك
للموت فلم يثبت الاذن بالذبح لا نصا ولا دلالة ٥ راعي مشترك عطب بعض
غنمه فقال المالك شرطت الرعي لا في هذا المكان وادعاه الراعي فالقول
للمالك والبينه للراعي لانه هو المدعي للاذن والمالك ينكره وعندهما يضمن
كما لو ثبت الاذن بالرعي في هذا المكان صريحا فعطب بعض منها ٥ يضمن
عندهما وعنده لا ٥ ولا اجر للراعي بعد الخلاف الا اذا اسلم المال اليه لانه

صار الغنم ملكا له من وقت الخلاف فصار راعيا ملك نفسه فلا يستحق الاجر
الا اذا اسلمت لان التفاوت بين المكانين في حق الرعي يسير فاتحدا في اصل
الرعي واختلفا في الصفه فان الرعي في بعض الامكنه ربما يكون اجود فكان اتيا
باصل المعقود عليه فاستحق الاجر بخلاف ما لو استاجر دابه ليذهب بها في
مكان كذا فذهب بها في مكان اخر وسلمت الدابه فلا اجر عليه وان لم يضمن
لان الطرق في حق الركوب متفاوته رب طريق يفسد الدابه بالسير فيه يوما
لصعوبته ورب طريق لا يفسدها بالسير فيه شهرا لسهولته فاختلفا جنسا
فاستوفى جنسا اخر فلم يستحق الاجر كما لو استاجر دابه للركوب فاستخدم عبده
او لبس ثوبه ٥ ولا ياخذه المصدوق من الراعي فان اخذ فلا ضمان على الراعي لانه ليس في
وسعه دفع السلطان والهلاك حصل بامر لا يمكن التحرز عنه فلا يضمن بالاجماع ٥
جعل الاجره لبنها او شيا منها فالاجاره فاسده والراعي ضامن لما اصاب منها لان
الاصواف والالبان الموجوده للحال مجهوله المقدار وما سيحدث معدوم للحال
واحدهما مانع جواز الاجاره فمجموعهما اولى

باب اجارة الظئر

اجارتها لارضاع الصبي باجره معلومه جايزه لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن
اجورهن جوز اخذ الاجر على الارضاع ولان اجارتها واقعه على خدمه الصبي
وتربيته وحضانته وحفظه لا على استهلاك العين وهو اللبن مقصودا بل
جعل اللبن تبعا لهذه الاشيا وان كان قوام هذه الاجاره باللبن الا ترى ان اجارة
الطاحونه المنصوبه على الما جايزه لانها واقعة على البيت وادوات الرحا لا
على الما وان كان قوام هذه الاجاره بالما حتى لو انقطع الما بطلت الاجاره فكان
اجارة الظير بمنزله اجاره العبد للخدمه ٥ فان شرطت طعامها وكسوتها عند

ستة اشهر وشرطت دراهم مسماة عند الفطام ولم يصف شيا من ذلك جاز استحسانا
من غير بيان غذا اى حنطه وعندهما وعند الشافعي لا يجوز قياسا وان بينوا كيل نوع
كذا من طعام وكل ستة اشهر ثوب ذرعه وعرضه وصفته وجنسه كذا او ضربوا
له اجلا جاز بالاجماع لهما ان الاجرة مجهوله فلا يجوز كما لو استاجر امراة بطعامها
وكسوتها للخبز وله ان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة غالبا لان العادة بين الناس
في كل البلاد التوسعة على الاظار والجري على موجب شهواتهن للشفقة على
الاولاد والجهالة اذا لم تفض الى المنازعة كانت معفوا عنها غير مانعة كما في بيع
قفيز من صبرة وبه فارق ساير الاجارات ٥ ولو استاجر امراته ترضع صبيا له
من غيرها جاز وان كان منها لا يجوز خلافا للشافعي لان ارضاع ولده منها وا
جب عليها ديانة لانه من اعمال البيت واعمال البيت واجب على المنكوحة ديانة
لا حكما لان السكن والازدواج لا يتحقق الا بعد اجتماعهما على اقامة مصالح الزوجية
وارضاع الولد من جملتها وانما ليس عليها ارضاع ولد زوجها لا ديانة ولا قضا
لانه ليس من اعمال زوجيتهما ٥ ولو استاجر معتدته لارضاع ولده منها جاز
في ظاهر الرواية لان الزوجية قد انقطعت ومصالحها قد ارتفعت فلم يجب عليها
ارضاع ولدها فجازت الاجارة كما بعد انقضا العدة وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه لا يجوز ما لم تنقض عدتها لان بعض احكام الزوجية قائمة ما بقيت العدة
ولهذا استحقت النفقة كالزوجة ولا يجوز نكاح اختها واربع سواها
ولا تقبل شهادته لها ٥ ولو استاجر ذات رحم لارضاع صبيه جاز لان ارضاع
ولده غير واجب عليها ديانة ولا حكما ويجوز استيجار الظير الكافرة والتي
ولدت من فجور لان الكفر فساد في الاعتقاد فلا يؤثر في اللبن بخلاف ما لو استاجر

الحمقا فانه يكره لان الحمق اثر في اللبن يؤثر في فساد اللبن واذا غذي منه صبي يفسد
عليه عقله ٥ ولو اجرت الامة التاجرة والمكاتبة نفسها ظيرا جاز لان
الاجارة من التجارة ٥ ولو استاجر المكاتب ظيرا جاز فان عجز ورد في الرق انتقضت
الاجارة لان المستاجر بعد العجز لم يبق اهلا للتملك من كل وجه فبطل الاستيجار
كما بالموت ٥ وان اجر امته لم تنتقض عند ابي يوسف وقال محمد تنتقض لان الاجارة
واقعة للمكاتب من كل وجه لان للمكاتب حق الملك وحق التصرف في اكسابه
وليس للمولى حق التصرف فيه ولهذا لم يملك المولى فسخ هذه الاجارة وملك المكاتب
فسخها فصار حق المكاتب راجحا على حق المولى فسقط اعتبار حق المولى فكانت
الاجارة واقعة للمكاتب وبالعجز قد زال المستاجر عن ملك المستاجر فبطلت
الاجارة كما بالموت ولابي يوسف ان الاجارة واقعة للمولى من وجه
لان له حق الملك في اكساب المكاتب ولهذا لو تزوج امة من كسبه لم يجز وحق المكاتب
راجح على حق المولى في حق نفاذ التصرف حتى يمكنه الاكتساب فاما فيما عدا ٥
فحقهما سواء ولهذا لو اشترى المكاتب منكوحة نفسه لا يبطل نكاحه ولو
كان الملك له من كل وجه لبطل فالاجارة ثابتة وله حق المولى من وجه فصار
مواجرا من وجه كالمكاتب فباعتبار انها ثابتة وله حق المكاتب اوجب انفساخها
وباعتبار انها ثابتة وله حق المولى اوجب بقاها فلم تنفسخ بالشك ويجب عليها
القيام بامر الصبي فيما يصلحه من رضاعه وغسل ثيابه وما يعالج به من الدهن
والريحان لان هذه الاعمال مشروطة عليها عرفا فان العرف ان الظير تتولى ما يحتاج
اليه الصغير في رضاعه والمشروط عرفا كالمشروط نصا فان كان الصبي
ياكل الطعام فالطعام على اهله والدهن على الظير لان شرى الطعام للصبي

غير مشروط عرفا ما نفعها ما احتاج اليه الصبي مشروط عرفا ولو ارضعته
جاريتها او غيرها فلها الاجر كاملا لان الظئر بمنزلة الاجير المشترك
فانه جعل العمل مقصودا بالعقد وهو الارضاع فكان المعقود عليه العمل
وان كان مضافا الى وقت ﴿ فان قال استاجرتك سنة لترضعي هذا الصبي
فالارضاع منها ومن غيرها سوا فيما هو المقصود منه وهي جودة الولد ونشوه
فصار فعل جاريتها مضافا اليها فيكون لها الاجر كاملا ﴿ وكذا لو استاجرت
الظئر ظئرا فارضعته فلها الاجر استحسانا لان المقصود حصل كما لو ارضعته
جاريتها كالخياط استاجر اجيرا يخيط الثوب ويتصدق بالفضل لانها اخذت
زيادة لا على عمل منها هذا اذا لم يشترط ارضاعها بنفسها فاما اذا
شرط ارضاعها بنفسها فارضعته جاريتها هل تستحق الاجر قيل لا
تستحق الاجر لان في اشتراط ارضاعها نوع فائدة لانه ربما يكون لبنها اجود
وصار كالخياط والقصار اذا شرط في الاجارة عمله بيده فعمل اجيره وعامه
لا يستحق الاجر وقيل بانها تستحق الاجر لان اشتراط الارضاع عليها بنفسها لا
يفيد لان ارضاعها وارضاع غيرها يستويان فيما هو المقصود من الارضاع
وهي جودة الولد ولو تفاوتا كان يسيرا فلا يعتبر واشتراط ما لا يفيد يكون
لغوا فيجعل وجوده وعدمه بمنزلة بخلاف الخياط والقصار لان اشتراط
عمله بنفسه يفيد لان عمل الاستاذ والتلميذ يتفاوتان فاحشا فوجب اعتباره
ولو ارضعت بلبن الغنم فلا اجر لها لان هذا اطعام وليس بارضاع فان اختلفوا
فقال اهل الصبي ارضعته بلبن البهايم وقالت الظئر ارضعته بلبني فالقول لها
مع يمينها لان الظاهر شاهد لها وهو ايفا المستحق عليها وهو الارضاع فان

اقاما البينة فالبينة لها لان بينتها تثبت الاجرة ولانه يجعل كانها جمعت بين ارضاعها
بلبنها وبين ارضاعها بلبن البهايم ولو ثبت كلاهما بالبينة تستحق الاجر كذا اذا
ثبتا بالبينة العادلة ﴿ واذا اشترطوا عليها الارضاع في منزلهم فليس للظئر ان تخرج من
عندهم الا بعذر كمرض او غيره لان ارضاع الصبي في منزل الاب اجود للصبي من رضاعه
في منزل الظئر لانها تحتشم من الاب في منزله فتحسن في الارضاع واشتراط زيادة
الجودة في المعقود عليه صحيح كما لو اشترى خادما على انه كاتب او خباز ﴿
وليس لهم ان يحبسوا الظئر في منزلهم اذا لم يشترطوا عليها ولها ان تخرج به الى اهلها
لان المستحق عليها العمل لا في مكان مخصوص ﴿ ولزوج الظئر نقض الاجارة ان
لم يرض لان حق الزوج سابق على حق المستاجر فان رضي فلهم منعه من غشيانها
في منزلهم مخافة الحبل لان الدخول في ملك الغير ليس بمطلق له ﴿ ولا يمنعه اليه في منزل
نفسه لان الغشيان حق مستحق له قبل الاجارة بالنكاح وعقد النكاح باق بعد
الاجارة فيبقى حقا له ﴿ ولهم اخراجها ان اذوها باللسان لانهم يتضررون بالصبر على
الاذى ولا يمكنها ابقا العمل الا بزيادة ضرر يلحقها وهو احتمال الاذى ﴿ ولهم
منعها من زيارة الاقارب وزيارتهم اياها اذا اضر بالصبي وان لم يضر فلا لما
عرف ﴿ وقع الصبي من يدها فمات او تلف شي من ثيابه وحليه فلا ضمان على
الظئر لان الاجارة وقعت على ارضاع الصبي لا على حفظه وحفظ ثيابه فكانت
موتمنة فيه غير اجير فيه سوا كانت في حكم الاجير الخاص والمشترك ﴿ وتفسخ
الاجارة بعذر وهو ان لا ياخذ الصبي من لبنها او تقذفه ولقيه او تكون سارقة او
حاملا او فاجرة او يريدون سفرا لان الاجارة تفسخ بالاعذار والحبل عذر لان
لبن الحامل يضر بالصبي وكذا كونها فاجرة لانها تشتغل عن حفظ الصبي وكذلك

وكذلك ان ارادوا السفر فان اخرج معهم لانهم يتضررون بترك الصبي وكذا اذا
مرضت لان الصبي يستضر بلبنها ٥ واذا مات ابو الصبي لم ينتقض الاجارة لان
الاجارة وقعت للصبي لا للاب سوا كان له مال او لم يكن لان المنفعة له والاجر
يجب في ذمته الا ان الاب يقضي عنه من ماله ان لم يكن للصبي مال ولهذا قالوا لو
ظهر للصغير مال كان للاب ان يؤدي الاجرة من ماله ولو وقعت الاجارة للاب
لم يكن له ان يقضي من ماله ٥ ولو مات الصبي او الظير انتقضت الاجارة ٥ ولو
كان الصبي لا ياخذ الا من ثديها لانه قد ألفها لم يجبر على ذلك ولها فسخ الاجارة
وذكر محمد في المنتقى قال اجرها على ان ترضعه باجر مثلها لان الاجارة لها فسخ
بعذر يسقط بعذر وفي ابقا هذه الاجارة عذر يبقى وجه ظاهر الرواية ان
هذا العذر ربما يزول من غير ان يبقى هذه الاجارة لان الصبي اذا جاع واشتد
جوعه ياخذ من لبن غيرها فاذا كان العذر ربما يزول من غير نقضا الاجارة
لا ينقض فاما اذا كان عذر لا يزول الا بنقض الاجارة ينقض ٥ ولو استاجرها
لترضع صبيين كل شهر بكذا فمات احدهما سقط نصف الاجر لانه لا يمكنها
ان تفاسخ المعقود عليه وهو عمل الارضاع فانفسخت الاجارة ٥ ولو
استاجر ظيرين فمات احدهما لمت الاخرى لحصتها فرق بين هذا وبين ما اذا
مات احد الصبيين سقط نصف الاجر والفرق ان في الظيرين ينقسم الاجر عليهما
باعتبار قيمتهما لانهما متفاوتان في الارضاع كما لو استاجر دارين او عبدين بخدمة
فاما في الصبيين فالاجارة وقعت لها فاستحق كل واحد منهما نصف المعقود عليه
والبدل انما يستحق بقدر ما ملك من البدل وقد ملك كل واحد منهما نصف البدل وهو
وهو لبن الظير فيجب البدل عليهما نصفان ٥ وليس للظير ان تؤاجر نفسها من آخر ولو

اجرت من آخر وترغب ولا يعلم الاول اثمت ولها الاجر كاملا عليهما ولا يتصدق
بشي لان الظير في حكم الاجير المشترك لان المذكور في هذه الاجارة عمل التربية
والحضانة والارضاع واللبن كالتبع فيها لما بينا الا انه يشبه اجير الوحد من
حيث انه اوقع العقد على المدة فلشبهه باجير الوحد اثم وباعتبار كونها
في حكم الاجير المشترك تملك ان تؤاجر نفسها من غيره وتجب لها الاجرة كالقصار
والخياط ٥ واذا التقط لقيطا فاستاجر له ظيرا فالاجر عليه وهو متطوع
لانه لا ولاية له على الصغير فلا يملك ان يغارمه ما لاجرة فلو من يتبرعا المنتقى
رجل استاجر امراته لترضع ابنه منها من مال الصبي فهو جايز ٥ ولو استاجر
شاة لترضع جديا او صبيا لا يجوز لان اللبن المباح قيمه فوقعت الاجارة
عليه وهو مجهول فلا يجوز وليس للبن المراة قيمة فلا تقع الاجارة عليه
وانما تقع الاجارة على فعل الارضاع والتربية والحضانة شرط

باب اجارة الاب والوصي والمولى والعبد وغيره

اجارة المولى على ثلثة اوجه اما ان اجر نفس الصبي او ماله او اجر نفسه او ماله
من الصبي واذا اجر الاب او الجد او الوصي نفس الصبي في عمل من الاعمال
فهو جايز لان له ولاية التصرف عليه من حيث التهذيب والرياضة واستعماله
لمنفعة له فاولى ان يملك الاجارة عليه لانه انفع بالصبي واجود له ٥ ولا
يجوز اجارة غيرهم اذا كان له احد من هؤلا لانه لا ولاية له عليه ٥ فان لم يكن
فاجره ذو رحم محرم منه وهو في حجره جاز لان له ولاية التاديب والتاديب
والاستعمال في حوائجه فيملك ولاية الاجارة عليه ٥ وان كان في حجره

زوج فاجره احد هو اقرب منه لصبي في حجر عمه وله ام فاجرته الام جاز عند ابي يوسف
وعند محمد لا يجوز لان الولايه تستفاد بالقرابه وقرابة الامومه لا يطلق لها ولايه
التصرف الا في حق النكاح خاصةً وانما يثبت ولايه التصرف بولايه التهذيب
والتربيه اذا كان في حجرها لابي يوسف ان القرابه موثره في اثبات الولايه لانها
حامله وباعثه على النظر فيثبت الولايه لحاجة الصغير فاذا ملكه الابعد فهذا
فلان يملكه الاقرب اولى ● والذي ولي الاجاره ان يقبض الاجره لانه من حقوق العقد
فيتعلق بالعاقد وليس له ان ينفق عليه لانه مال الصغير وليس له ولايه التصرف في مال
الصغير وكذلك اذا وهب للصغير شي فله ان يقبضها لان هذا نفع محض وليس له
ان ينفق عليه ● واذا بلغ الصبي فهو بالخيار ان شا مضى على الاجاره وان شا فسخ بخلاف
الاب اذا اجر عبد الصبي ثم بلغ فليس له حق الفسخ ومضى على الاجاره والفرق ان اجاره
العبد تصرف في ماله والاب ينوب عن الصغير في التصرف في ماله فلم يثبت له حق
الفسخ كالوكيل عليه واما اجاره نفس الصبي انما ملكها الاب لحفظ الصغير و
التهذيب لا بالولايه والا فالولايه باعتبار اصلها اضرار وفيها مقهوريه والحريه
منافيه لها وولايه الحفظ والتهذيب قد انقطعت بالبلوغ والوجه الثاني للاب
والجد ووصيهما اجاره مال الصغير وليس لغيرهما ممن هو في حجره اجاره ماله لانه
تصرف في ماله وليس لغيرهما ولايه التصرف في ماله وروي عن محمد انه استحسن
ان يواجروا عبده لانهم يملكون اجاره الصغير فاذا ظهرت ولايتهم في نفسه ففي عبده
اولى ● وكذلك ينفقوا عليه ما لا بد له منه لانه لو تاخر ذلك تضرر وكذلك اخر
الوصي يملك اجاره نفس الصبي ولا يملك اجاره عبده عند ابي حنيفه لان من اصله
ان كل واحد من الوصيين يملك التصرف في الذي يضر الصبي تاخيره والصبي

يتضرر بترك اجارته لانه لا يتأدب ولا يتهذب ولا يتضرر بترك اجاره عبده ●
والوصي اليتيم ان يواجر مدة طويله الا اذا انتقص من اجر مثلها ما لا يتغابن الناس
فيه كما في بيع العين والوجه الثالث لو اجر الصبي نفسه او عبده لعمل الصبي الحر
الا ان يكون خيرا لليتيم عند ابي حنيفه وعندهما يجوز ولو فعل الاب جاز كما في البيع
وقد مرت في البيوع ● وليس للصبي ان يواجر نفسه وان عمل وجب الاجر استحسانا
والقياس
وكذلك العبد المحجور ان لا يجب الاجر لان عقد المحجور باطل والباطل لا يستحق شيئا
كما اذا هلك من العمل وجه الاستحسان ان العبد محجور عما يضره بالمولى مادون فيما
ينفعه المولى الا ترى انه يملك الانبار والاحطاب والاحتشاش من غير اذن المولى
لما فيه نفع به فالجواز في الابتدا يضر بالمولى فوجب رده والجواز في الانتها ينفعه
لانا اذا ابطلناه ضاعت منافعه واذا اجزناه تقومت منافعه من غير ضرر
به فوجب القول به بخلاف ما اذا هلك من العمل لانا متى جوزنا الاجاره صار ضامنا
العين فصار نفعه مشوبا بالضرر فابطلناه ● وان هلك الصبي منه فعلى عاقله
المستاجر ديته ويكون له الاجر فيما عمل قبل الهلاك بخلاف العبد اذا هلك منه
فعلى المستاجر قيمته ولا اجر له فيما عمل قبل الهلاك والفرق ان المستاجر صار
غاصبا للعبد كما استعمله فاذا ضمن ملك من ذلك الوقت فصار منتفعا بملكه
فلا اجر عليه فاما الحر لا يضمن بالغصب وانما يضمن بالجنايه وقد صار جانيا باستعماله
اياه وضمان الجنايه لا يفيد الملك في المضمون فلم يظهر انه صار منتفعا بملكه فكان
عليه الاجر

اجارة الرقيق

استاجر خادما بالخدمة كل
شهر بكذا جاز وخدمته من السحر الى ما بعد العشا الاخره الى ان ينام الناس لان
العرف فيما بين الناس انهم لا يستخدمون المماليك فيما بعد العشا الاخره الى السحر لانهم

لانه مأمون والمستثنى عرفا كالمستثنى شرطا وهذا كما لو استأجر يوما للعمل من اعمال
حل ما بعد طلوع الفجر الى ما بعد صلاة الغداة مستثنى من الاجارة عرفا فكذا هذا
ولا يخرجه من المصر لان الظاهر ان المولى يريد استخدامه في مكان العقد ولانه
يلحق بالمولى ضرر لان المستأجر له حمل ومونة فيلزمه مونة رده وربما يربي ذلك
على الاجرة ولان يكلفه الخبز والطبخ والخياطة لثوبه وعلف الدواب ونحوه
بل يكلفه عمل البيت وخدمة اضيافه بالسوا وهذا اذا اتخذه خياطا او اتخذه
خبازا لخدمة الناس لان ذلك العمل ليس من الخدمة فاما اذا كان خياطة او خبزا لا
بد للمستأجر منه فله ذلك لانه من انواع الخدمة ۞ ولو دفع عبده الى حائك
ليعلمه النسج واشترط عليه ان يحذقه في ثلثة اشهر يكون له اجر لان الحذق في
ليس بعمل معلوم فانه ليس له حد يعرف به الاقصى والادنى بخلاف ما اذا
استأجره ليبيع ويشتري يوما او استأجره يوما ليدربه الكدس او استأجره
ليعلم النسج شهرا جاز وان لم يكن ذلك العمل في وسعه لان هذه الاعمال معلومة
في نفسها في المدة الا انه من غير مدة لا يجوز لان الاجارة عقد على العمل والعمل ليس
في وسعه ۞ واذا دفع عبده الى عامل ليعلمه عملا على وجه الاجارة ولم
يشترط واحد منهما على صاحبه اجرا فعلى من يجب الاجر ينظر في ذلك الى العرف
ان كان عملا يعطي صاحب العبد الاجر فالاجر عليه وان كان عملا يعطي الاستاذ
الاجر فالاجر عليه لان المعروف كالمشروط كما لو دفع ثوبا الى قصار او خياط ليقصر
او يخيط وجب الاجر لانه مشروط له عرفا ۞ ولو استأجر عبدا شهرين شهرا
بخمسة وشهرا بستة فهو جائز والاول منهما بخمسة حتى لو عمل الشهر الاول دون الثاني
استحق خمسة لانه لما قال شهرا بخمسة انصرف الى ما يلي الايجاب فتعين الشهر الثاني بستة

ولو اجر عبده سنة ثم اعتق العبد في خلال السنة جاز عتقه لانه مالك لرقبته والعبد
بالخيار ان شاء اجاز وان شاء فسخ وعند الشافعي لا خيار له بناء على ان عنده المنافع
المعدومة جعلت موجودة فملكها المستأجر بالعقد للحال وبعد العتق لا يظهر حق
المستأجر في المنافع وعندنا العقد ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث
المنفعة والمنافع بعد العتق حدثت على ملك العبد فيصير كان العقد بعد العتق
صدر من الفضولي فيتوقف على الاجازة فان اجاز لم يكن له ان ينقض واجر ما مضى
للسيد وما بقي للعبد لان الاجرة بدل المنفعة والمنفعة بعد العتق حدثت للعبد
فيكون البدل له وليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة من المولى لان القبض من حقوق
العقد فيثبت للعاقد فان كان المولى حين اجر العبد استعجل الاجرة ثم اجاز العبد
بعد العتق فالاجرة كلها للسيد لان الاجرة تملك بالتعجيل فاذا اجار فقد تقرر
حكم ذلك الملك فلا يعتبر بالعتق ۞ ولو كان العبد هو الذي اجر نفسه باذن المولى
ثم عتق بعد مضي مدة فللعبد حق الفسخ على ما بينا الا ان العبد هو الذي يقبض الاجرة
لانه هو العاقد ۞ ولو اجر المكاتب عبده ثم عجز فرد في الرق فالاجارة باقية
في قول ابي يوسف وقال محمد ينتقض الاجارة لمحمد ان العقد وجب حقا للمكاتب
لانه التحق بالاحرار يدا وتصرفا فكان حكم العقد فيما يرجع الى اليد والتصرف واقعا
للمكاتب فاذا عجز انتقل الى المولى فتعذر المضي على الاجارة كما في الوارث ولابي يوسف
ان قضية العقد تستدعي الوقوع للعاقد من كل وجه وقضية ملك الرقبة تستدعي
الوقوع للمولى من كل وجه فاذا وجد في حق كل واحد منهما ما يستدعي الوقوع له من كل
وجه فنقول ان عتق المكاتب فقد ارتفع المعارض وتم حكم ذلك السبب فظهر ان العقد كان
واقعا له لا ان ينتقل شيء من المولى اليه وان عجز فقد ارتفع عقد الكتابة وتم السبب للمولى

وظهر ان العقد كان واقعا له الا ان يقبل شي من العبد اليه **المنتقى** رجل اجر
عبد الله سنه ثم اقام العبد البينه ان مولاه اعتقه قبل الاجاره فالاجر للعبد
ولو قال العبد اني حر وقد فسخت الاجاره فلم يقم له بينه ودفعه القاضي الى مولاه
فاجره على العمل واقام بينه انه حر وان المولى اعتقه قبل الاجاره فلا اجر للعبد
ولا للمولاه ولو لم يقل فسخت كان الاجر للعبد كانه اجره رجل ورضي بتلك الاجاره
ولو كان غير بالغ فادعى العتق وقد اجره وقال قد فسخت ثم عمل فالاجر للغلام
لانه كاللقيط في حجر رجل اجره رجل اخر

باب ما يوجب فسخ الاجاره وما لا يوجب

الاصل ان العيب متى حدث بالمعقود
المستاجره فان كان عيبا لا يوثر في اختلال المنافع لم يثبت للمستاجر خيار نحو
العبد المستاجر للخدمه اذا ذهبت احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمه او سقط
شعره او سقط حائط من الدار وذلك لا يضر بالسكنى لان المعقود عليه
المنفعه فاذا لم يتمكن الخلل فيها لم يثبت خيار وان كان عيبا يوثر في اختلال
المنافع كالعبد اذا مرض والدابه اذا ادبرت والدار اذا انهدم بعض بنائها
او سقط حائط يضر بالسكنى فللمستاجر الخيار لان الخلل قد تمكن في المعقود عليه
قبل القبض فان المنافع لا تصير مقبوضه بقبض الدار ولكن باعتبار التمكن من الاستيفا
تصير قابضاله حكما او اعتبارا فلا بد من استدامة التمكن من الاستيفا فاذا فات
التمكن من الانتفاع لحدوث الخلل ثبت له الخيار فان شا استوفى المنفعه مع العيب
ويلزمه جميع البدل وان شا نقض العقد لانه فات وصف المعقود عليه بافه
سماويه قبل القبض فلا يسقط شي من البدل كما في بيع العين ٭ فان بنى الواجر ما سقط من الدار
فلا خيار للمستاجر فان العيب قد زال قبل الفسخ فسقط الخيار ٭ فان انهدمت الدار

الدار كلها فله ان يخرج سوا كان الواجر حاضرا او غايبا واختلف المشايخ في
انفساخ العقد بانهدام الدار وانقطاع الما عن الرحا وانقطاع الشرب عن الارض
قيل ينفسخ العقد بهذه العوارض بدليل انه جوز الخروج مع غيبه المواجر فلو لم
ينفسخ العقد واحتاج الى الفسخ يتوقف على حضرته وذلك لان المعقود
عليه وهي المنفعه قد فاتت وانعدم فانفسخ العقد والجل وقيل لا ينفسخ
العقد فانه ذكر في الصلح اذا صالح على سكنى دار فانهدمت لم ينفسخ الصلح وللمصالح
ان يبني الدار ويمضي على الصلح وكذا روي عن محمد فيمن استاجر فانهدم ثم بناه الاجر
فليس للمستاجر ان يمتنع فهذا نص على ان الاجاره لا تنفسخ وهو الاصح لان اصل
المعقود عليه لا يفوت بانهدام البنا لان الانتفاع بالعرصه ممكن بدون البنا الا انه
ناقص فكان بمنزله العيب الفاحش وبالعيب يستحق الفسخ ولا ينفسخ وعلى هذا
ان الاجاره هل تنعقد على الصحرا للسكنى قيل لا تنعقد لانه لا سكنى في الصحرا
وقيل تنعقد وله الخيار لان السكنى يتحقق فيه الا انه ناقص وقال محمد في السفينه اذا
نقضت وصارت الواحا ثم ركبها لم يجبر على تسليمها الى المستاجر لان العقد قد
انفسخ بهلاك السفينه فاذا اعيدت صارت سفينه اخرى الا ترى ان الغاصب
اذا غصب الالواح فجعلها سفينه ملكها فاما عرصة الدار لا يعتبر بالبنا عليها
فالحاصل انه اذا انهدمت الدار وسكن العرصه لا يجب الاجر ولو انهدم بيت منها
وسكن في البا في لا يسقط شي من الاجر وكذا الواجر دارا على ان فيها ثلثه بيوت فاذا
فيها بيتان يخير ان يجيز ولا يسقط شي من الاجر وذكر في المنتقى الواجر
داره فانهدم بيت منها يرفع عنه من الاجر بحصته لكنه خلاف ظاهر الروايه
والفرق على ظاهر الروايه ان الفسخ في الاجاره فسخ للعقد من وجه وامتناع

من القبول من وجه لان العقد على الاجرة منعقد للحال لانها موجوده وعلى المنفعة تتجدد
انعقادها ساعة فساعة حسب حدوث المنفعة فاعتبرناه فسخا متى كان
العيب يسيرا بانهدام البعض حتى لا يملك الرد الا بحضرة صاحبه ولا يسقط
شي من الاجر متى سكن في الباقي لان البنا بمنزلة الوصف والوصف متى فات
بآفة سماوية قبل القبض لا يكون له حصة من البدل كما في بيع العين واعتبرناه
امتناعا من القبول متى كان متفاحشا بانهدام الكل والامتناع من القبول
صحيح حال غيبة صاحبه عملا بالشبهين بحظهما ٥ ولو غصب بيت من الدار
المستاجرة سقط عنه من الاجرة بقدره وكذا لو اجر دارا وسلمها الا بيتا
منها فانه يرفع عنه بحساب ذلك لان الفائت وان كان وصفا من اوصاف
المعقود عليه الا انه فات بفعل الاجر والاجنبي والوصف متى فات بفعل
العبد فله حصة من البدل لانه يصير مقصودا بالاتلاف كما في بيع العين ٥
ولو استاجر دارين فانهدمت احداهما وحدث بها عيب او منعها
مانع فله ان يترك الاخرى لان العقد وقع عليهما صفقة واحدة وقد
تفرقت عليه فيثبت له الخيار ٥ ولو استاجر دارا مدة فلم يسلم اليه حتى
مضى بعض المدة ثم اراد ان يسلم الباقي فله ذلك ويجبر المستاجر على القبض
لان الخيار لو ثبت انما يثبت لتفرق الصفقة في المعقود عليه والعقد كما وقع وقع
متفرقا لانه يحدث ساعة فساعة فصار الجزء الثاني من المنفعة مستحقا بعقد
اخر فتعذر التسليم في احد العقدين لا يوثر في الاخر ٥ اجارة الرحا بمائه
من الانهار باجرة معلومة جائز لانه استاجر ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه
فان انقطع الما فلم يعمل فله النقض فان لم ينقض يرفع عنه من الاجر بحسابه لان

المعقود عليه وهي المنفعة قد فات فواتا يرجى عوده فيخير المستاجر كما لو ابق
العبد المستاجر للخدمة ثم اختلفوا في تفسير قوله بحساب ذلك قيل بحساب ايام
الانقطاع حتى لو انقطع الماء عشرة ايام سقط حصة عشرة ايام من الاجر لانه
فات منفعة الطحن عشرة ايام وقيل بقدر حصة الما الذي انقطع دون
البيت فينظر الى بيت الرحا وهو يطحن بكم يستاجر عشرة ايام وهو لا يطحن بكم يستاجر
فان كان وهو يطحن يستاجر عشرة ايام بعشرة دراهم ولا يطحن يستاجر بخمسة
سقط خمسة دراهم وبقي حصة ما انقطع من الما ولا يسقط ثلث المسمى لان منفعة
الطحن ان فات بقي منفعة السكنى وربط الدواب فان له ان يسكن فيه ويربط فيه دوابه
فسقط من الاجر بقدر ما فات وبقي بقدر ما بقي والاول اصح بدليل انه قال اذا انقطع
الما الشهر كله ولو يفسخها المستاجر حتى مضى الشهر فلا اجر عليه ولو كانت
منفعة السكنى معقودا عليه مع منفعة الطحن لاوجب بقدر ما يخص منفعة
السكنى وهذا لان الرحا لا تستاجر لمنفعة السكنى وانما تستاجر لمنفعة الطحن فكانت
منفعة الطحن هي المعقود عليه مقصودا ومنفعة السكنى تدخل فيه تبعا والبدل
لا يقابل الاتباع ولو اختلفا في الانقطاع فلا يخلو اما ان اختلفا في قدر ايام الانقطاع
او اختلفا في اصل الانقطاع فان اختلفا في قدر ايام الانقطاع بان قال المستاجر انقطع
الما عشرة ايام وقال الاجر خمسة ايام فالقول للمستاجر لان الاجر يدعي تسليما منذ
يعود الما بعد خمسة ايام والمستاجر ينكر فيكون القول له وان اختلفا في اصل الانقطاع
ينظر ان كان الما منقطعا يوم الخصومة فالقول للمستاجر لان الظاهر يشهد له
لان الانقطاع للحال يدل على الانقطاع فيما مضى ظاهرا وان كان الما جاريا
فالقول للمواجر مع يمينه على علمه لان ظاهر الحال يشهد له لانه لما كان جاريا

في الابتدا وجاز باوقت الخصومة فالظاهر انه لا ينقطع فيما بين ذلك ● استاجر رحا
شهرين بعشرين فطحن فيها شهرا ان كان المستاجر يقوم عليه او جيره طاب له الربح
لان الزيادة على اجر الرحا حصل بازا منفعة نفسه فان كان رب الرحا يقوم لا
يطيب لانه ليس بازا الزيادة عوض فيكون ربح ما لم يضمن الا ان عمل المستاجر فيه عملا
او زاد بقر الرحا او غيره لانه يجعل الزيادة بازا منفعة ما عمل او اصلح شيا فلا يكون
ربحا فيطيب ● استاجر موضعا على نهر ليبني عليه رحا جاز لانه استاجر الارض
وان انقطع ما النهر فله فسخ الاجارة على الارض لان استيجار الارض لاجل منفعة
الطحن فاذا فات منفعة الطحن كان عذرا في فسخ الاجارة وان لم يفسخ حتى عاد الما سقط
حقه في الفسخ وهل يسقط عنه الاجر بحساب ما انقطع من الما قالوا يجب ان لا يسقط
لان المعقود عليه قايم باجمعه لان المعقود عليه منفعة وضع البنا على هذا
المكان لا منفعة الطحن الا ان المقصود من وضع هذا البنا الطحن فكان الطحن ثمرة
من ثمرات هذا العقد فالاجر بقا بقا المعقود عليه لا الثمرة وصار كما لو استاجر
حانوتا ليتجر فافلس فلم يفسخ حتى مضى شهر لم يسقط شي من الاجر لان المعقود عليه
قايم وهو السكنى ● قلما الرحا ان كان ضررا فاحشا ينقض والا فلا لانه لا
تخلو هذه الاجارة عن نقصان يسير لانه يختلف حال الما في الزيادة والنقصان فيصير
راضيا بذلك وخلوا عن نقصان فاحش فلا يصير راضيا بذلك ● وانكسار احد
الحجرين عذر فان اصلح رب الرحا قبل الفسخ لا يفسخ لما عرف ● رجل له نهر اشترك هو
ورجلان على ان يحفر احدهما رحا والاخر بيتا عليها على ان يبنوا جميعا الثلث من اموالهم
وعلى ان الكسب بينهم فهو جائز لانهم اشتركوا ليتقبلوا الاعمال فيكون شركة التقبل فيجوز
● واذا اجروا شيا من ذلك فالاجر لصاحب ذلك الشي وللاخرين اجر المثل المامر

في الشركة المنتقا استاجرت رحا ما سنة فعملت الرحا ستة اشهر
ثم انقطع الما فسكنه المستاجر حتى مضت السنة فاراد الموجر ان ياخذه باجرة
السنة كلها يقسم الاجر على البيت والرحا فيلزمه بحساب البيت في السنة الاشهر
الاخيرة ان كان البيت ينتفع به وان لم ينتفع بالبيت الا بالرحا فلا شي على المستاجر
وان لم يرده وذكر ابو الليث في نوازله استاجر طاحونتين بالما فقل الما ينظر ان كان
حال الوصف الما اليهما عملا جميعا عملا ناقصا فانه يلزمه اجرهما وله الخيار وان لم
يعمل فعليه اجر احديهما فان كان احدهما مفلوتا فعليه اجر اكثرهما هكذا ذكر الفقيه
ابو جعفر رحمه الله ● ولو اجر ارضا من رجل ليزرع فزرعها فلم يجد الما ليسقيها فيبس
الزرع والموجر يطالب بالاجر قال الفقيه ابو جعفر وابو القسم الصفار ان استاجرها
بغير شرب فانقطع الما كان له الخيار وان استاجرها بشربها فانقطع الشرب عنها فمن
يوم فسد الزرع فالاجر عنه ساقط فهذه مثل مسله الرحا اذا انقطع الما عنه ● ●

باب العذر في فسخ الاجارة

● الاجارة تفسخ بالاعذار خلافا
للشافعي لان المعقود عليه وهي المنفعة لا تصير مقبوضة الا بالاستعمال لانها
معدومة لا تصير موجودة الا بالانتفاع فكان هذا عذرا حاصلا قبل القبض
والعذر الحاصل قبل القبض بمنزلة العيب الحادث قبل القبض والعيب الحادث قبل
القبض انما اوجب حق الفسخ لانه لا يمكنه المضي في موجب العقد الا بضرر يلزمه
وهو لم يرض به فثبت له حق الرد دفعا للضرر عن نفسه وكذلك العذر معنى تحقق
قبل القبض عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بضرر يلحقه وهو لم يرض به وقال
الشافعي ما تقول فيمن استاجر انسانا ليقلع ضرسه فسكن الوجع او انقطع يده لا كله
وقعت فيها فسقطت الاكلة او ليهدم قصرا له لخوف السلطان فزال الخوف فلو بقينا

العقد كان في ذلك ضرر اَبينا فنضطر الى ان الاجارة تفسخ بالاعذار ولا خلاف فيه
وانما الخلاف فيما يصلح عذرًا في فسخ الاجارة ۞ ثم كل عذر يمنع المضي في موجب العقد
شرعا كما لو استاجر رجلا ليقطع يده لاكلة ثم برا ولحوه فانه ينتقض الاجارة من
غير نقض لانه لا فائدة في ابقائها فتنتقض ضرورة وكل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد
شرعا ولكن لا يمكنه المضي الا بضرر يلزمه فانه لا تنتقض الا بالنقض ثم هل يكون قضا القاضي
او التراضي شرطا للنقض ذكر في الزيادات ان القضا شرط في عذر يحتمل الاشتباه كالدين
الذي يحتمل ان يكون له وفا بغير المستاجر فكان القاضي هو الذي يحقق العذر
ويزيل الاشتباه فاما اذا كان عذرًا واضحًا فلا حاجة الى القضا وذكر في المبسوط
والجامع الصغير ان القضا ليس بشرط بل ينفرد العاقد بالنقض وهو الصحيح
لانه في معنى العيب قبل القبض والرد بالعيب قبل القبض يصح بغير قضا فكذا هذا ۞
ثم الاعذار تتنوع الى انواع احدها موت احد عاقدي الاجارة خلافا للشافعي لان
المنافع تملك ساعة فساعة بملك الرقبة وملك الرقبة انتقل الى الورثة وهم لم يرضوا
بالعقد ۞ رجلان استاجرا اجيرا فمات احدهما انتقضت حصته لان التشيوع طرى
على العقد فلا يبطله كالاباق الطارئ على البيع وارتداد احد العاقدين ولحوقه بدار
الحرب كموته لما عرف ومن لم يقع له العقد لم يبطل بموته وان كان عاقدا كالوكيل
والاب والوصي والمتولي في الوقف اذا عقد ثم مات لان حكم العقد لم يقع له انما له
حق الفسخ لان العقد انعقد موجبا للاستحقاق عليه فمتى بقينا العقد كان الاستحقاق
واقعا على الوارث فيكون خلاف ما وقع العقد عليه ۞ واذا مات احدهما قبل انقضا
الاجارة وفي الارض المستاجرة زرع ترك ذلك ويكون على المستاجر او على ورثته
الاجر المسمى لان القول بالانفساخ اضرار باحدهما فانه يوجب قلع الزرع فبقينا العقد

لهذه الضرورة ولهذا وجب المسمى لان الباقي حكم ذلك العقد وذلك العقد يستلزم
ان يكون مضمونا بالمسمى ۞ واذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع لم يستحصد
ترك الى بلوغه باجر المثل لانا احتجنا الى تجديد عقد فان ابتدا الزراعة وقع بحق
ومتى امرناه بالقلع اضررنا به فتركناه في يده باجر المثل واثبتناه عقدا لمكان الضرورة
بخلاف الغاصب اذا زرع فانه يؤمر بالقلع لان ابتدا الفعل وقع ظلما فيجب اعدامه لا
تقريره واحكامه ۞ واذا انقضت المدة وفي الارض غرس او رطبة يؤمر بالقلع لانه
ليس لانتهائه غاية فيكون في تبقيتها اضرار بالمالك بخلاف الزرع والثاني هلاك المعقود
عليه وخرابه بان غرقت الارض او نزت او جف الماء عن الضيعة او انقطع الماء عن الرحا
عذر وكذا العيب المعقود عليه بان مرض العبد المستاجر او ابق فهو عذر فان لم يفسخ
حتى برا العبد او عاد من الاباق اسقط من الاجر بقدره وبقي العقد لازما في الباقي لان
امتناع اللزوم كان لاجل العيب فاذا زال العيب لزم كما في بيع العين وانما سقط الاجر
بقدره لان التخلية انما تكون قبضا اذا تمكن المالك من القبض ومتى كان مريضا او ابقا
لم يتمكن من القبض فلا تكون التخلية قبضا وتسليما ۞ وكون العبد سارقا عذر
للمستاجر لا للاجير لان السرقة توجب نقصانا في الخدمة لانه لا يامنه على ماله
ويتعسر عليه ملازمته كل ساعة واوان فكان هذا عيبا في المعقود عليه ۞
العبد ليس بحاذق للعمل ليس بعذر وفساد عمله عذر لان الحذاقة بمنزلة الجودة وليست
بعيب ولم يشترط ذلك ولا يعتبر حقاله فاما الفساد فعيب في المعقود عليه فيكون
عذرا ۞ ولو مرض الاجير وهو يعمل بنفسه فهو عذر وان كان يعمل باجرائه فلا
والثالث اذا لحقه دين فادح لا يمكنه القضا الا من ثمنه فهو عذر لان في ابقا
العقد ضرر غير مستحق بالعقد فانه يحبس في الدين ولو فسخ لا يتضرر المستاجر

لانه يعود اليه الاجر وكان الفسخ اولى وهذا اذا كان الدين على الآجر ظاهرا
وان لم يكن ظاهرا لكنه اقر بدين لرجل فهو عذر وله ان يفسخ الاجارة عند
ابي حنيفة وعندهما ان صدقه المستاجر في اقراره فكذلك وان كذبه ليس له ان
يفسخ الاجارة لهما ان الاقرار اخبار وهو يحتمل الصدق والكذب فيظهر المخبر في
حق المخبر لا في حق غيره لكونه متهما في حق غيره فلا يملك الفسخ كما لو اقر بالمستاجر
لانسان لا يصدق في حق المستاجر وكذا اذا اجرت المراة نفسها ظئرا ثم اقرت
بالنكاح لرجل ليس له فسخ الاجارة فكذا هذا وله انه اقر بما يملك انشاه واستيفاءه
فيملك الاقرار به لانه لو باشر سبب وجوب الدين عليه صح ويملك فسخ الاجارة فلا
يكون متهما في الاقرار به فيظهر الوجوب في حق المستاجر كالمطلق اذا قال في العدة كنت
راجعتها يصدق وكذا الوكيل بالبيع اذا قال قبل العزل كنت بعت يصدق فكذا
هذا بخلاف تلك المسائل لانهم لا يملكون انشاه فكانوا متهمين في الاقرار به وبخلاف
المريض مرض الموت فانه يملك انشاء الدين بالشرا والتزوج ولا يملك الاقرار به
لانه تعلق حق غرما الصحة بماله والاقرار يلاقي محلا تعلق حق الغير به فلم يصح ●
ولو اراد المواجر السفر او التحول من المصر او احتاج الى سكناه ونحو ذلك فليس بعذر
لانه يمكنه ابقا المعقود عليه من غير ضرر يلحقه ● ومسافرة المستاجر و
القيام عن السوق بدين او افلاس عذر في نقض اجارة الحانوت لانه لا يمكن حجره
عن السفر لانه يضره ضررا غير مستحق بالعقد وليس له ان يسافر بالعبد المستاجر
حتى يستخدمه لان خدمة السفر اعظم واشق من خدمة الحضر وكذلك ارادة
التحول من تلك البلدة او الى تجارة اخرى عذر لان التجارة ربما يلحقه فيها خسران
والعمل بالامر بنفسه متعذر فيجعل عذرا ولو اكترى دابة الى مصر ثم بدا له ان لا

يسافر او مرض فهو عذر ● ولو اراد الجمال ان يقعد او مرض فليس بعذر والفرق
ان خروج الآجر معه ليس بمستحق عليه فانه يمكنه ان يقيم غيره مقام نفسه
بان يرسل معهما غلامه او تلميذه او يخلي بين المستاجر وبين الدابة حتى يخرج المستاجر
بنفسه فاما خروج المستاجر لانه لا يمكنه ان يقيم غيره مقام نفسه لانه انما
استاجرها ليركبها فيكون ترك السفر منه عذرا وان قال الجمال انه لا يريد ترك
السفر ولكنه يريد فسخ الاجارة قال له الحاكم انتظره حتى اذا خرج فقعد الجمال معه
وكذا اذا قال صاحب الدابة انه لا يريد السفر ولكن يريد فسخ الاجارة حلفه الحاكم
على انه عزم السفر وكذا لو خرج من المصر ثم عاد حلف انه خرج قاصدا
الى ذلك الموضع الذي ذكر فالحاصل ان كل ما يدخل على المستاجر ضررا في بدنه
او ملكه فله ان يفسخ نحو ان يستاجر قصارا ليقصر له ثيابا او ليقطعها او يخيطها او
ينقض دارا او يحدث شيئا من بناء او تجارة او حفر او يحجم او ليفصد او ليزرع
ارضا ثم بدا له ان لا يفعل لانه يلحقه ضرر في ابقا العقد فان في بعضها استهلاك
المال وفي بعضها تنقيص ● استاجر دابة فعطبت ان كانت بعينها فهو عذر
والا فلا لانه اذا عين الدابة فالمعقود عليه منفعة دابة بعينها فاذا هلكت
لا يمكنه استيفا المعقود عليه فبطل العقد واذا لم يعين الدابة فالمعقود عليه فعل
الحمل لا عين الدابة والدابة آلة لا ما استحق عليه بالعقد فاذا هلكت بقي الحمل واجبا
عليه كما في الابتداء ● مات رب الابل في بعض الطريق فللمستاجر ان يركبها وعليه
الكرا حتى ياتي مكة فيدفع ذلك الى السلطان قالوا هذا اذا كان في مفازة حيث لا
يقدر على سلطان ويخاف القطع لو لم يركبها وهو استحسان لان الاجارة تبقى بالعذر
كما تفسخ بالعذر وهنا وجد الناقض للاجارة الا انه لم يعمل عمله في النقض للعذر

وهو خوفه على نفسه وماله ويستباح تملك الاعيان بعوض لهذا العذر فلان يستباح
تملك المنافع بعوض لهذا العذر اولى ثم ينظر القاضي ما هو الاصلح فان راى بيع
الجمل وحفظ الثمن للورثة فعل وان راى امضا الاجارة الى الكوفه فعل فان كان
المستاجر ثقة فالافضل امضاوها وان كان غير ثقه فالافضل فسخها فان فسخ
وهو اقام البينه على نوفر الكرا رد عليه بحساب ما بقي ه انفق على الابل بما لا يحسب
له الا اذا كان بامر القاضي واقام البينه على الانفاق **النوادر** وروى عن ابي
يوسف في امراة ولدت يوم النحر قبل ان تطوف واتى الجمال ان يقيم معها مدة النفاس فهذا
عذر لانه لا يمكنها ان تخرج وتترك الطواف ولا يمكن اجبار الجمال على المقام مدة
النفاس لانه اضرار به فيفسخ لمكان الضرورة وان كانت ولدت قبل ذلك وقد
بقي من مدة نفاسها كمدة الحيض او اقل جبر الجمال على المقام معها لانه قد جرت
العادة بالمقام بعد الفراغ من الحج هذا القدر **المسايل** وروى عن محمد فيمن استاجر
ارضا يزرعها شيا قد سماه فزرعها واصاب الزرع آفة فافسدته وقد
ذهب وقت زراعة ذلك الزرع قال ان اراد ان يزرع ما هو اقل ضررا من
الاول او مثله فله ذلك والا فسخ الاجارة والزمه اجرة ما مضى لان
في تبقيه مع فوات المقصود وهو الذي شرط في العقد اضرار به ه استاجر
ارضا بشربها وسمى الشرب وقال هو نصف قناه كري وكان الشرب اقل
مما شرط له فله الخيار ان شا اخذ وان شا ترك الا ان يكون نقصا لا يسع به فلا
خيار له وذكر الحسن رجل تكارى من رجل ابلا من الكوفه الى بغداد ثم اشترى
بعيرا او دابه قال هذا عذر **باب اجارة الحمام** واجارة الحمام جايزه
لتعامل الناس فانهم توارثوا استيجار الحمام من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا

هذا من غير نكير ه حمام للرجال وحمام للنسا وسمى في كتاب الاجارة حمامين وذكر
حدودهما فهو فاسد قياسا لانه استاجر واحدا مجهولا لان الحمام اسم للفرد فكان
المستاجر احدهما لا بعينه وجاير استحسانا وله الحمامان لان التثنيه ثابتة بالتحديد
حقيقة فانه حددهما وثابته باعتبار التسميه مجازا لان الحمام تذكر في العرف باسم
الفرد ويراد به التثنيه فانه يقال حمام فلان وان كانا حمامين لكون مرافقهما
مجتمعة فيرجح جانب الجوازه ومرمة الحمام على الاجر لانه لا يتهيا الانتفاع الا
بها كما في مرمة الدار ه اشترط المرمة على المستاجر فسدت الاجارة لانه شرط
لا يلايمه العقد وفيه نفع للاجر د اذن له في نفقه شي معلوم من الاجرة يجوز لان
الاجرة غير واجبه حالة التوكيل فلم يكن امرا بصرف الدين الى المجهول بخلاف ما لو
قال اسلم ما لي عليك من الدين ولم يعين المسلم اليه لا يجوز عند ابي حنيفه لان الدين
واجب حالة التوكيل فقد امره بصرف ما عليه من الدين الى مجهول فلم يجز كما لو
قال اد ما لي عليك رجلا من الناس حتى لو كانت الاجرة واجبه وقت التوكيل يجب
ان لا يجوز على قول ابي حنيفه ما لم يعين الاجرا وباعة الالات والقول للاجر انه لم ينفق
مع يمينه على علمه ه وان شرط انه امين في الانفاق لانه ضمين للاجر شرعا فلا يصير
امينا بالشرط لان حكم الشرع لا يتغير بالشرط ولو نصب عدلا لاخذ الاجرة وانفاقه
فان العدل بقبضه برا المستاجر لان العدل امين لانه جعله امينا الا ان يكون كفيلا
بالاجر فيكون كالمستاجر ه ولا يمنعه الاجر موضع سرقينه ومسيل الما وان لم يشترط
لانه من مرافق الحمام ومرافق المستاجر يدخل تحت الاجارة من غير شرط لانه لا
يتهيا الانتفاع الا به كما يدخل الطريق والشرب ومسيل الما في اجارة الارض والدار
وعلف الحمام ورماده عند مضي المدة للمستاجر ويومر بالنقل لان القول في المنقول قول

المستاجر اذا لم يعرف كونه في يد المدعي واما الرماد صار مشغولا من جهة المستاجر
فعليه تفريغه كما لو كان مشغولا بامتعته ه ولو انكر المستاجر كون الرماد
من فعله فالقول له لانه يدعي عليه تفريغ هذا المكان وتسليمه وهو ينكر فيكون
القول للمنكر ه ولو امتلا مسيل ماء الحمام فعلى المستاجر تفريغه ولو امتلات البالوعة
من جهة المستاجر فعلى الاجر تفريغه والفرق ان تفريغ مسيل الماء ممكن من غير نقض
شي من البنا لانه لا يكون مجصصا مسقفا لمكن تنقيته بالدخول فيه فاما بير البالوعة لا
يمكن تفريغه وتنقيته الا بنقض شي من البنا لانه يكون مجصصا مسقفا ولا يملك المستاجر
نقض شي من البنا وانما يملك رب الدار فجعل تفريغه عليه ه اشترط على المستاجر نقل
العلف والرماد لا تفسد الاجارة لانه شرط ما يقتضيه العقد ه ولو شرط ذلك
على رب الحمام فسدت الاجارة لانه شرط ما لا يقتضيه العقد ه استاجر حمامين
سنه كل شهر بكذا فانهدم احدهما قبل القبض فله ترك الباقي لان الصفقه
تفرقت عليه قبل التمام فله الخيار كما في البيع بخلاف ما لو استاجر حماما سنه فلم يسلم
الى المستاجر الى شهرين ثم سلم في الباقي فان المستاجر يجبر على قبضه لان
الصفقه تفرقت في حق المنافع لا في حق العين وتفرق التسليم في حق المنافع لا
يثبت خيارا لانه لم يستحق على الاجر تسليم المنافع جملة لانه ليس في وسعه ذلك
وانما استحق عليه تسليمه متفرقا على حسب حدوث المنافع اما هنا استحق على
الاجر تسليم العين جملة وقد تفرق تسليم المستحق على المستاجر قبل التمام فيثبت له الخيار
وان انهدم بعد القبض فالباقي لازم بحصته لان الصفقه تفرقت بعد التمام في حق العين
وقد استحق عليه تسليمه جملة فتفرقه يوجب الخيار وفي حق المنافع تفرقت قبل
التمام لانه لم يستحق على الاجر تسليم المنافع جملة وكذلك ببين شارع للبيع

بينهما ه استاجر حماما وعبدا للوقود على الحمام فانهدم الحمام بعد قبضهما فله ترك
العبد لانه عجز عن استعمال العبد فيما استاجره له لانه استاجره للوقود في هذا
الحمام وصار كما لو استاجر دكانا ليحترف فيه فافلس ه وان هلك العبد
فليس له ترك الحمام لان هلاك العبد لا يوجب خللا في منفعة الحمام ولمكنه
استعمال الحمام فيما استاجره له باجرا وبنفسه وان كان استاجره للوقود عليه لم يكن
له تركه لما عرف ه ضاع ثوب الداخل ولا ضمان على الحمامي لانه مودع في حفظ
الثياب والمودع لا يضمن الا بالتعدي ه دخل بدانق على ان ينوره صاحب الحمام
او بفلس على ان يغتسل فهو فاسد قياسا لان قدر النورة والماء مجهول وكذلك وقت
مكثه ومقامه وجائز استحسانا للعرف والتعامل ولانه لا سبيل الى التقدير ه
بمقدار معلوم فادت الضرورة الى جوازه ه استاجر حماما بغير قدر والقدر
من اخر فانكسر القدر شهرا فاجر الحمام لازم دون اجر القدر لانه متمكن من الانتفاع بالحمام
بعد انكسار القدر فانه يمكنه ان يستاجر قدرا اخرا ويشتريه فينتفع به ولما
لم يبق متمكنا من الانتفاع بالقدر بعد انكساره فلا يجب الاجرة ه ولو استاجر حماما شهرا فعمل
فيه من الشهر الثاني فلا اجر عليه في الشهر الثاني لانه غاصب وروي عن اصحابنا
ان عليه اجر الشهر الثاني وهكذا روي في الدار وعليه الفتوى لان الظاهر من
حاله انه ينتفع باجر وجرى التعارف كذلك فينعقد الاجارة في الشهر الثاني
بالتراضي للتعارف وحكي عن الكرخي ومحمد بن سلمة انهما كانا يوفقان بين الروايتين
وقالا ما قال لا يجب الاجر محمول على دار وحمام لم يعد للاستغلال والحمام قد يبنى
لا للاستغلال لكن لحاجة نفسه ثم اجره شهرا او سنه لعارض فلا اجر على
الساكن في الشهر الثاني لانه لم يثبت العقد في الشهر الثاني لا نصا ولا عرفا فاما اذا

كان معدا للاستغلال فانه يجب الاجر لان العقد في الشهر الثاني ثبت عرفا ان لم
يثبت نصا والثابت عرفا كالثابت نصا ه

باب الحقوق والاجارة

عمارة الدار واصلاح ميازيبها والبالوعة وكل شي يكون تركه
مضرا بالسكنى على رب الدار لان ما يوجب نقصان المنفعة كان في ضمان الاجر
ولا يجبر عليه وللمستاجر ان يخرج اذا لم يعمل لانه عيب حصل في المعقود
عليه ولا يجب على المالك ازالة العيب وللمستاجر ان لا يرضى بذلك ومتى فسخ
يزول حقه عن المنفعة ويحصل له الاجر والعين فوق المنفعة وفي اجباره
ملك الاجر عن العين يكون ضرر الاجر في اجبار الكره ه وان كان استاجرها
كذلك وراها فلا خيار له لانه عقد مع العلم بالعيب فيكون راضيا بالعيب
ه واصلاح بئر الماء وتنقيه البالوعة الممتليه من فعل المستاجر فعلى رب الدار
استحسانا والتراب والرماد المجتمع في الدار من كنسه فعلى المستاجر اخراجه
والفرق ان تفريغ البالوعة بمعنى الرمة والعمارة لانه لا يتوصل الى اصلاح ذلك
الا بنقض البنا وتخريبه وتجديد البنا ثانيا والرمة على صاحب الدار لانها
اصلاح ملكه فاما تفريغ الدار عن التراب ليس من الرمه بل هو مانع من
التسليم لان كونه مشغولا بكناسته مانع من التسليم كما لو كان مشغولا بقماشه
واثاثه فعليه التفريغ ليمكنه التسليم ولان الانتفاع بالمجاري من حيث الاجرا
وبالخلا من حيث التخلي فيه لا يحصل الا من هذا الوجه فكان الانتفاع مستحقا
بالعقد فلم يجب عليه نقله فاما جمع الكناسه والرماد ليس من باب السكنى
والانتفاع فيلزمه رفعه ه دفع المفتاح اليه فاستاجر حدادا ليفتحه
فعلى المستاجر اجرته لانه هو العاقد ولو انكسر القفل من معالجة الحداد فعلى

الحداد ضمانه لانه اجير مشترك جنت يده ولا ضمان على المستاجر اذا انكسر
من معالجته لانه ماذون من مالكه ه واخراج الاجر من الاتون والخبز من التنور
على الاجير لانه من تمام العمل ه وتسريح اللبن على الاجر عند ابي حنيفه
لما ان العمل يتم بدون التسريح ه الرسل والتبن على رب اللبن دون اللبان لان
في العرف هذه الاشيا تكون من عند رب الدار بخلاف اله القصارة والخياطه
على الخياط والقصار لانه مشروط على العامل بحكم العقد لانه لا يمكنه العمل
الا بذلك ه وان شرط رب الدار الرسل وابيه الما على المتقبل فهو عليه لانه
لا عبرة بالعرف متى جا الشرط بخلافه المتقبل والما على رب الدار ان كان
بعيدا من الدار لان العرف ان رب البيت هو الذي يحمل السقايين اذا كان الما
بعيدا وان كان قريبا منه او في الدار فعلى المتقبل لان بل الطين مشروط عليه
وعلى البنا بل الطين ونقله على الحائط لانه من اعمال البنا الا ان يكون مكانا
بعيدا خارجا عن العادة فيكون بالخيار اذا علم ذلك لانه تغير عليه مقصوده
فيتخير كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا يتخير فكذا هذا ه وعلى الطباخ اخراج
المرقة ان كان ذلك في عرس وان كان طبخ قدر الحاجه فليس عليه
اخراجه للعرف والعادة ه والسلوك على الحائك والدقيق على رب الثوب
دون الحائك فان كان اهل بلد يعملون على غير هذا فهو على ما يتعاملونه
ه والاكاف والسرج على رب الدابه والحبل والجوالق والجام على اهل تلك
الحمولة وذكر الحسن ان كان يحمل على دواب المكاري فالجوالق والحبل
عليه وان كان يحمل على عنقه او على دواب المستاجر فهو على رب الحمل

زحل كاري دابه يحمل عليها حنطه فعلى المكاري ان يدخلها منزله قال ابو
حنيفه على ما يفعله الناس وبعض ملوزن عليه وقال ابو يوسف هذا حسن
فان اراد ان يصعد الى سطح او غرفه فليس ذلك عليه الا ان يكون اشترطه
وذكر ابو الليث في نوازله وكذلك نفقه رحا الما على المواجر لانه لا يمكن الانتفاع
بالرحا الا بالما والما لا يجري الا بكري النهر الا ان يكون شرط الكري على المستاجر
ه وسيل محمد رحمه الله عمن استاجر قصارا ليقصر له الثوب قال استحسن ان
يكون حمل الثياب على القصار الا ان يكون القصار قد اشترط على رب المال
سلم عبده الى عامل قال ابو حنيفه كل شي له حمل ومونه كرحا اليد ونحوه فعلى
الاجر مونة رده لان منفعه قبضه عايده اليه معنى لانه لمقابلة عوضا
وهو الاجر وما لا حمل ومونه له كالثياب والدواب فعلى المستاجر ه

باب الاجاره لحفر القبور والابار والقناه ونحوها

استاجر حفارا ليحفر له بيرا يجوز ان بين طولها وعرضها باجر مسمى والا فلا
وفي القبور يجوز وان لم يبين الطول والعرض لانه معلوم عرفا فيوجب باوسط
ما يعمله الناس وجد باطن الارض اشد عملا اشترك الترك لان الارض
لا تكون على صفه واحده فمتى امكنه الحفر الا انه يلحقه زياده تعب ومشقه
فانه يجبر على ايفا ذلك فان تعذر الحفر يكون عذرا لانه عجز عن الوفا
لما ضمن بالعقد ه شرط كل ذراع في السهل بدرهم وفي الجبل بدرهمين وفي الما
بخمسه دراهم جاز لانه بين لكل عمل اجرا وبين هذا وبين ما اذا اشترى
قطيعا من الغنم كل شاه بدرهم ولا يعرف عدد الاغنام فالبيع فاسد لجهالة
الثمن وهنا الاجر مجهول وجاز العقد والفرق ان في البيع الثمن مجهول حالة

وجوبه فان الثمن يجب بنفس البيع وهنا الاجر معلوم حالة وجوبه لان الاجر
يجب بالعمل لا بنفس العقد وبالعمل يصير جميع الاجر معلوما الا بالعرف
باي قدر حفر في السهل والجبل والما كما في خياطه الروميه والفارسيه وهنا
مسله يسالون العوام عنها وهي ما اذا استاجر رجلا ليحفر له حوضا عشره
في عشره بعشره دراهم وبين عرضه وعمقه فحفر خمسه في خمسه
ما ذا يجب له من الاجر فالجواب درهمين ونصف لانه اوفى ربع العمل لان
عشره في عشره في المذروعات باعتبار الضرب مايه وخمسه في خمسه
يكون خمسه وعشرين وخمسه وعشرون من مايه ربعها فقد اوفى ربع
العمل فكان له ربع الاجر ه استاجر قوما ليحفروا سردابا وبين عرضه
وطوله الا ان بعضهم عمل اكثر مما عمل الاخر فالاجر مقسوم على عدد روسهم
لان التفاوت بين الاجرا في عمل واحد يسير لا يعتبره الناس فيسقط اعتباره
فان لم يعمل واحد منهم لمرض او لعذر ان لم يشتركوا في تقبل العمل فلا اجر لمن لم
يعمل لانه لم يوف نصيبه من العمل لا بنفسه ولا بنايبه لانه لم يسبق منه استعانه من اصحابه
وهو عقد الشركه فلم يقع الزياده على نصيبهم للمريض فوقع لصاحب السرداب
وان اشتركوا في تقبل هذا العمل فلهم جميع الاجر لان زياده العمل على نصيبهم وقع
للمريض حكما لاستعانه لانهم انما يعقدون عقد الشركه في تقبل الاعمال حتى
اذا عجز احدهم عن العمل يعينه الاخر ه استاجره ليحفر قبرا فدفن فيه ميت قبل
ان ياتي بجارته فلا اجر له لانه لم يسلم اليه ه وحثو التراب ليس على الحافر
قياسا لانه شرط عليه الحفر وحثو التراب ليس من الحفر وانما هو كبس له
فلا يكون مشروطا عليه وفي الاستحسان ينظر الى عرف تلك البلده فان

كان عرفهم ان الاجير هو الذي سوى الحوض جبر عليه لان المعروف كالمشروط والاولا
ووضع المنت ونصب اللبن وتطيين القبر ليس عليه لانه لا يكون هذا العمل مشروطا
شرطا ولا عرفا الا اذا كان في بلده يلي الاجير ذلك بنفسه جبر عليه لان هذا
العمل مشروط عليه عرفا ◎ استاجره ليحفر له قبرا ولم يبين في اي المقابر يحفر ان
حفر في موضع يدفن فيه اهل ذلك الموضع يجب الاجر استحسانا وفي موضع اخر
لا الا اذا دفن في حفرته لان مكان الحفرة معلوم عرفا لان لكل محلة مقبرة
خاصة يقبر فيها والمعروف كالمشروط ولم يسم اللحد والاسفل ان كانت بلدة
الغالب فيها اللحد يحمل على اللحد ولا يصح الا فيه على خلافه لان المعروف كالمشروط ◎
شرط حصيصه واجره من عند الاجير ولم يره ان كان لبن ذلك البلد واحدة متفقا
جاز والا فلا لان الجص والاجر مجهول القدر ومن عند المستاجر يجوز استحسانا
لان عدد الاجر معلوم عرفا لانه لما اراه عرضها وعمقها صار عدد اللبن والاجر
والجص معلوما فيما بين اهل تلك الصناعة والمعروف كالمشروط ◎ استاجر ليبني
له حائطا بالاجر والجص واعلم طوله وعرضه جاز لان الاجارة وقعت على عمل
معلوم ببدل معلوم ◎ ولو سمى كذا كذا اجرا من هذا وكذا جصا من هذا ولم يسم الطول
والعرض يفسد قياسا لان جهالة مقدار الطول والعرض يوقعهما في المنازعة لان
العمل مما يتفاوت بالطول والعرض ويجوز استحسانا لانه لما بين عدد الاجر وكيل
الجص يعلم اهل تلك الصناعة مقدار طوله وعرضه على ما عليه عرف اهل تلك
البلد في الابنية ولانا جوزنا هذه الاجارة مع الجهالة لتعامل الناس فانهم لا يعلمون
تقدير الحيطان في الطول والعرض وانما يعرفه البناؤون ◎ ولو سمى كذا كذا اجرة او لبنه
ولم يسم الملبن ولم يره اياه يجوز استحسانا اذا كان لاهل تلك البلد ملبن واحد وغالب

عملهم على ملبن واحد فتصرف مطلق الاسم اليه عرفا وان كانت ملابنهم مختلفة
ولم يغلب استعمالهم لواحد منهم فالاجارة فاسدة لان جهالة اللبن توجب المنازعة

باب اختلاف المواجر والمستاجر في الاجارة

ولو اختلف المواجر والمستاجر فلا يخلو اما ان اختلفا في المستاجر او في الاجرة وكل
وجه لا يخلو اما ان اختلفا في اصله او نوعه او قدره اما اذا اختلفا في اصل المستاجر
فقال المواجر المستاجر هذا وقال المستاجر لا بل هذا فان كان في المدة تحالفا لان الاجارة
بيع المنفعة فيعتبر ببيع العين وفي بيع العين يتحالفان اذا اختلفا قبل القبض فكذلك في بيع
المنفعة والاختلاف هنا وقع قبل قبض المنفعة فيتحالفان ◎ وان
اختلفا بعد انقضاء مدة الاجارة فالقول قول المستاجر مع يمينه وهلاك المعقود
عليه يمنع التحالف عندهما وعند محمد لا يمنع التحالف في بيع العين لكن يمنع التحالف
في بيع المنفعة لان في بيع العين انما لم يمنع التحالف لانهما اذا تحالفا وتعذر الرد
لمكان الهلاك وجب رد القيمة وهنا اذا تحالفا وانفسخ العقد بقيت المنافع مستوفاة
من غير عقد فلا يكون لها قيمة فتعذر رد القيمة وامتنع التحالف ◎ وان اختلفا
في نوعه بان دفع ثوبا الى قصار او صباغ فقال رب الثوب امرتك ان تصبغه
بعصفر وقال الصباغ امرتني ان اصبغه بزعفران فالقول قول رب الثوب
مع يمينه لانه اقر بسبب الضمان وهو الصبغ في ثوب الغير وادعى ما يبرئه
وهو الاذن من جهة صاحب الثوب وانكر صاحب الثوب الاذن والبراءة
فيكون القول له كما لو قال قطعت ثوبك او هدمت جدارك بامرك وانكر صاحب
الملك الاذن والبراءة فيكون القول له انكر الصباغ دفع الثوب اليه فشهد شاهد انه
دفع اليه الثوب ليصبغه احمر وشهد اخر ليصبغه اصفر لا يقبل وكذلك لو

اختلفا في الحمولتين شهد احدهما انه استاجرها ليركب وشهد الاخر انه استاجرها

ليركب ويحمل لا تقبل لانهما شهدا بعقدين مختلفين لان العقد على الركوب غير العقد على الركوب

والحمل وكذلك على الصبغ ❁ وان اختلفا في مقدار المعقود عليه بان اقام المستاجر

البينة انه اكراه دابتين باعيانهما بعشرة دراهم الى بغداد واقام المواجر بينة انه اكراه

احدهما بعينها بعشرة دراهم الى بغداد فانه يقضي باجارة دابتين بعشرة ❁

دراهم اذا اتفقا في جنس الاجرة وان اختلفا في جنس الاجرة بان اقام صاحب الدابة

بينة انه اكراه احديهما بدينار الى بغداد واقام المستكري بينة انه استكراهما بعشرة دراهم

الى بغداد فانه يقضي باجارة الدابتين الى بغداد بدينار وخمسة دراهم اذا كان

اجر مثلهما سوا والفرق انهما اذا اتفقا على الاجرة فبينة صاحب الدابة لا تثبت

شيا لان الاجرة ثابتة باتفاقهما وهي العشرة فردت بينته وبينة المستاجر

قامت على اثبات اجارة دابة اخرى فانها غير ثابتة فكانت بينته مثبتة فقبلت

فاما اذا اختلفا في جنس الاجرة فبينة كل واحد منهما تثبت زيادة فتقبل بينة كل

واحد منهما فيما يدعي من الزيادة لان صاحب الدابة يدعي اجارة دابة واحدة

بدينار والدينار غير ثابت باقرار المستكري والمستكري يدعي اجارة دابتين احدهما

بخمسة دراهم وانها غير ثابتة باقرار صاحبه فثبت اجارة الدابتين على البينتين

كما في البيع ❁ واما القسم الثاني ان اختلفا في اصل الاجرة فقال رب الثوب للقصار

عملت لي بغير اجر وقال القصار لا بل عملت لك باجر فان اختلفا قبل العمل تحالفا لان

كل واحد منهما مدع من وجه ومنكر من وجه لان الاجير يدعي قيمة العمل والعامل منكر

والعامل يدعي بيع العمل والمعمول له منكر فكل واحد ادعى عقدا انكره صاحبه ويبدى

بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة ❁ وان اختلفا بعد الفراغ من العمل فالقول

لرب الثوب لان التحالف لا يفيد لانه لا قيمة للقصارة من غير عقد فكان بمنزلة

الحمال والمكاري اذا اختلفا بعد العمل فالقول للمعمول له ❁ فان نصادقا على انه

دفع اليه ولم يسم الاجرة لم يذكره في الكتاب وذكر ابو الليث في العيون قال عند

ابي حنيفة يكون متبرعا وعند ابي يوسف لا اجر له الا ان يدفع الى خليفه وقال محمد

ان اتخذ دكانا وانتصب لعمل القصارة فانه تجب الاجرة والا فلا والفتوى على قول

محمد لانه لما انتصب لهذا العمل كان عمله باجر عرفا والمعروف كالمشروط ❁ قال رب

الثوب صبغت بلا اجر وقال الصباغ بدرهم يستحلف كل واحد على دعوى صاحبه

ويضمن رب الثوب ما زاد الصبغ فيه لا يجاوز به درهما لان رب الثوب ينفي ضمان

الاجرة ويدعي العمل تبرعا والاجير على خلافه فيتحالفان واذا تحالفا بطلت الاجارة

فبقي الصبغ له في ماله وقد تصادقا انه صبغه باذنه فيلزمه قيمته ❁ وان اختلفا في

قدر الاجرة ولم ياخذ في العمل تحالفا وترادا كما في بيع العين لو اختلفا في مقدار الثمن

ولو كان فرغ من العمل فالقول لرب الثوب عندهما كما لو اختلفا بعد هلاك

العين واختلف المشايخ على قول محمد قيل يتحالفان على قدر العمل وهو اجر المثل

وقيل لا يتحالفان وهو الاظهر لان فائدة التحالف الفسخ والتراد وقد تعذر الفسخ

بعد الفراغ من العمل لان العمل تلف بغير عقد والعمل لا يتقوم بغير عقد كما لو اختلفا

بعد هلاك العين ❁ وان اختلفا في نوع الاجرة فهو على ثلثة اوجه اما ان اتفقا في المكان

واختلفا في الاجرة او اختلفا في المكان واتفقا على الاجرة او اختلفا فيهما فان اتفقا

في المكان واختلفا في نوع الاجرة بان ادعى احدهما دراهم والاجر دنانير فانهما

يتحالفان فان اقاما البينة فالبينة بينة المواجر لان الاجرة تثبت حقا له فكانت

بينته اولى بالقبول فان اختلفا في نوع العقد بان ادعى احدهما اجارة والاخر

اعارة فالقول لمدعي العارية لان الاخر يدعي عليه اجرا وهو ينكر ● واذا قال رب الثوب
صبغته بدانق وقال الصباغ بل بدرهم ان زاد الصبغ درهما فصاعدا فله درهم مع
يمينه انه ما صبغ بدانق وان زاد اقل من دانق اعطاه دانقا مع يمين صاحب
الثوب ما صبغ الا بدانق وان زاد اكثر من دانق واقل من درهم يعطى ذلك مع
يمين الصباغ ما صبغ بدانق ولو كان هذا مع القصار فالقول لرب الثوب
والفرق وهو ان حال اختلافهما في مقدار الاجر امكن تحكيم ما زاد الصبغ فيه لان
لاتصال الصبغ بالثوب موجب معلوم على صاحب الثوب وهو قيمة ما زاد
الصبغ فيه فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في التسمية كانهما تصادقا
على ذلك وليس لاتصال القصارة بثوبه موجب معلوم لو حصل بغير عقد
لانه مجرد عمل ومجرد العمل لا يتقوم من غير عقد فلم يمكن ان يجعل ذلك موجب
العقد حال اختلافهما في مقدار المسمى حتى يجعل كانهما اتفقا عليه فوجب
اعتبار اختلافهما في المسمى وقد تعذر فسخ العقد فيجعل القول قول المنكر للزيادة ●
وان كان الصبغ اسود فالقول لرب الثوب عند ابي حنيفة خلافا لهما لان
عنده السواد نقصان فصار صبغه كلا صبغ فليس في الثوب زيادة عين
وعندهما السواد زيادة بمنزلة الحمرة ● فان اختلفا في المكان واتفقا
على الاجرة ولم يركب تحالفا وترادا لانهما اختلفا في الاجرة حال ما يحتمل
العقد الفسخ فيبدأ بالحالف والبينة للمستاجر لان بينة الاجر قامت على
اثبات ما هو ثابت وهو العشرة باقرار المستاجر وبينة المستاجر قامت
على اثبات ما هو غير ثابت وهو الاجارة الى بغداد لعشرة فكانت اولى
كما اذا ادعى البايع انه باع منه هذا العبد بالف واقام المشتري البينة انه

اشترى منه هذا العبد وهذه الجارية بالف فبينته اولى ● وان اختلفا
في المكان وفي جنس الاجرة فاقام المستاجر بينة على تكاري دابة الى بغداد
بدينار وقد اقام الاجر البينة على الاكرا الى الصراة بعشرين درهما وقد ركبها الى
بغداد والصراة هي النصف يقضي بعشرين درهما ونصف دينار لان البينتين
تقابلتا في الاجارة الى الصراة بالاجرة ورب الدابة هو المستحق للاجرة فيحكم ببينته
لانه يثبت حقا لنفسه والاخر يثبت حقا لغيره فاما فيما وراء الصراة فلا
تعارض بين البينتين والمستاجر اثبت عقدا يدعيه من الصراة الى بغداد فيحكم
به ● دفع ليصبغ بقفيز عصفر فقال صبغته بقفيز وقال رب الثوب بربع
قفيز يري اهل الصنعة لانه يمكن معرفته بقول غيرهما فان قالوا مثل هذا الصبغ
قد يكون بربع قفيز فالقول لرب الثوب لان الظاهر معه وان قالوا لا يكون الا
بالقفيز فالقول للصباغ لان الظاهر معه والبينة للصباغ لانها تثبت الزيادة
● قال المستاجر اكتريت الى القادسية بدرهم وقال الاجر الى موضع اخر وقد
ركبها الى القادسية فلا كرا عليه لانه مخالف لان الاذن يستفاد من جهة الاجر
وقد انكر الاذن فيما وراء الموضع الذي يدعيه فحصل ركوبه بغير عقد ● واذن
تكاري دابة يوما فاراه الدابة وقال اركب فلما مضى اليوم تنازعا في الكرا
او الركوب ان دفعت اليه لي الاجر والا فلا الا اذا اقام البينة انه ركب
لانه اذا لم يدفع لم يحصل التسليم والاجرة لا تستحق الا بالتسليم واذا دفع
ولم يركب فالتقصير من جهته والتسليم قد حصل فيستحق الاجرة ● اجر
ودفع المفتاح اليه فلما انقضت المدة قال ما قدرت على الفتح وقال رب
الدار سكنت فالقول والبينة لربها اما القول لان الظاهر شاهد له لانه لما كان

المفتاح بيده فالظاهر انه يقدر على فتحه الا اذا كان مفتاحا لا يلايم هذا الغلق
ولا يمكن فتح الباب به فالقول للمستاجر واما البينه فلانها اكثر اثباتا وهو تتمه
الاجاره • وما كان متصلا بالدار فالقول للمواجر انه ملكه وما كان منفصلا
فالقول للمستاجر لان في المنفصل الظاهر شاهد للمستاجر لانه في يده بخلاف
المتصل لانه تبع للبنا والارض فيكون لمالك الاصل • في الدار لوارات او حمامات
فللمستاجر لانه في يده • سقط احد مصراعي الباب فادعياه فالقول لرب الدار
والبينه للمستاجر لانه عرف كونه في يد رب البيت لان الغلق في يد رب البيت
وهذا اخوه وكذا كل ساقط يعرف بعلامة انه من الدار • ولو استاجر ارضا السطح
فيها الاجر جاز فان اختلفا في الاتون من بناه فالقول للمستاجر لان الظاهر ان
المستاجر هو الذي بناه لحاجته اليه ولو اختلفا في التنور في الدار فالقول للاجر
لانه مركب بالدار وما عرف ان المستاجر هو الذي احدثه قالوا وهذا بنا
على عرف اهل الكوفه فاما في عرف بلادنا فالمستاجر هو الذي يحدث التنور كما في الاتون
• اقر رب الدار ان المستاجر جصصها او ركب فيها بابا فللمستاجر قلع ما لم يضر
بالدار لانه عين ماله فان كان يضر فعلى رب الدار قيمته يوم الخصومه كما لو كان غاصبا
الا انه يتملك وقت الخصومة فيعتبر قيمته يومئذ وذكر في المزارعة الصغيره ان
كان الثوب مخيطا فقال رب الثوب انا خطته وقال الخياط انا خطته ينظر ان كان في
يد الخياط فالقول قوله وعلى رب الثوب الاجره وان كان في يد رب الثوب فالقول
قوله مع يمينه ولا اجر عليه فان كان في ايديهما فالقول قول الخياط مع يمينه وعلى
رب الثوب الاجره وان كان في دار رب الثوب فالقول فيه قول رب الثوب لان
القول لذي اليد في اصل الثوب فكذا في صفته ومتى كان في ايديهما فللخياط يد حقيقه

ولرب الثوب يد حكما واليد الحقيقيه فوق اليد الحكميه وكذا ان كان في دار رب الثوب
فيده حكميه وللخياط يد حكميه • اجر داره وخلى بينه وبينها وفيها ساكن فلما مضت
المده قال منعني الساكن من السكنى والساكن مقر او جاحد فان كان الساكن فيها
فلا اجر على المستاجر وان كان المستاجر فيها فعليه الاجر لان كل الاجر انما
يستحق بدوام التسليم وبقائه الى اخر المده فان كان المستاجر فيها فالتسليم للحال
ثابت والمانع معدوم فيدل على دوامه واستمراره • وان لم يكن المستاجر فيها
فالتسليم غير ثابت والمانع موجود فيدل على زواله المنتقى عن ابي يوسف فيمن
استاجر دارا سنه وادعى المستاجر انه استاجر احد عشر شهرا بدرهم وشهرا
بتسعه واقام البينه واقام رب الدار البينه انه اجرها اياه بعشره يوخذ ببينه
رب الدار لانه يدعي فضل اجره في احد عشر شهرا فاما الشهر الاخير فقد اقر
المستاجر بفضل الاجره فان صدقه على ذلك اخذ والا سقط • رجل اقام بينه
انه اجر بيته هذا بتسعه دراهم ثلثه اشهر كل شهر بثلثه دراهم واقام الاخر
بينه انه استاجره سته اشهر كل شهر بدرهم فعليه لثلثه اشهر تسعة دراهم ولثلثة
اشهر ثلثة دراهم لان بينه كل واحد منهما تثبت زيادة فان بينه الاجر تثبت زياده
الاجره وبينه المستاجر تثبت زيادة في المده فعملنا ببينه المستاجر في زياده ثلثة
اشهر بثلثة دراهم وقبلنا بينه الاجر في زياده الاجره ثلثة دراهم وجعلنا
التسعه بازاء ثلثه اشهر لان كل واحد منهما يدعي عقدا غير ما يدعيه صاحبه
واثبته بالبينه • رجل استاجر عبدا ليخيط معه مشاهرة كل شهر باجر مسمى فجحد
الخياط الاجارة وادعى العبد انه عبده واقام رب العبد البينه على الاجاره
وادعاها واختلفا الى القاضي في ذلك شهرا ثم زكى الشهود وقد استعمله

قبل الجحود وبعده فعليه اجر جميع ذلك لان رب العبد قد ابراه من ضمان القيمه وادعى
عليه ضمان الاجره ● ولو عطب العبد وحال الجحود في الجابطه فلا شي على المستاجر
انما على الاجره وكذلك لو قال المستاجر هو عبدي ولكن غصبته والمسئلة بحالها
قال ابو حنيفه اذا قال القصار قد رددت فالقول له مع يمينه ولا اجر له مع لانه
امين ادعى رد الامانة فالقول له وروى هشام عن محمد اذا قال رددت عليك الثوب
لا يصدق الا ببينه وكذلك الراعي المشترك اذا قال قد مات منها لا يصدق لان عنده
الاجير المشترك يضمن ما تلف في يده فلا يكون القول في الرد قوله ● قال محمد لو اعطاه
القصار ثوبا وقال هو ثوبك وقال رب الثوب ليس هو ثوبي فاخذه رب الثوب
لا يسعه لبسه ولا بيعه الا ان يقول للقصار قد اخذته من ثوبي فيقول القصار نعم ●
قال ابو يوسف رجل في يده دار اقام رجلان كل واحد منهما بينة انها داره اجرها
منه هذا الشهر بعينه بعشرة دراهم والذي في يده الدار منكر لدعواهما فالدار
بين المدعيين نصفان ولكل واحد منهما خمسه دراهم استحسانا والقياس ان يكون
لكل واحد منهما عشرة دراهم لان كل واحد منهما اثبت بينته عقدا على
حدة وجه الاستحسان ان البينتين لما تعارضا تعذر العمل بهما في اثبات
الملك في كل الدار فعملنا بكل واحدة في اثبات الملك في النصف فاستحق كل واحد
نصف الاجره ● قال ابو يوسف رجل دفع الى حذا نعلا ليخصفها فقال الحذا
امرتني بدرهمين وقال الاجر امرتك بدرهم ينظر ان كان يستطيع ان ينزعهما
بغير ضرر فالقول قول الحذا وينزعهما وان كان لا يستطيع ان ينزعهما الا بضرر فله
اجر مثل ما زاد فيه د ولو دفع الى نداف قباء يندف عليه قطنا فامره ان يندف من
عنده ما راى فجاءه وقد ندف عليه عشرين استارا فقال صاحب الثوب

دفعت اليك خمسة عشر استارا وامرتك ان تزيد عليه فلم تزد الا خمسه وقال النداف
دفعت الي عشرة وامرتني ان ازيد عشرة وقد زدت فالقول قول النداف
وعلى صاحب القباء ان يدفع اليه عشرة اساتير من قطن لان صاحب القباء
مقر انه لم يخالف لكنه يدعي انه دفع اليه خمسة عشر استارا فكان القول قول
النداف في مقدار ما قبض فبقي العشرة زيادة فيضمنها صاحب الثوب ● ولو
قال صاحب القباء دفعت اليك خمسة عشر وامرتك ان تزيد خمسة وقال النداف
دفعت الي عشرة وامرتني ان ازيد عشرة فزدت فصاحب الثوب بالخيار ان
شاء صدقه ودفع اليه عشرة اساتير وان شاء اخذ قيمة ثوبه ومثل عشرة
اساتير وكان الثوب للنداف لان صاحب الثوب يدعي الخلاف فيما امره به فكان
القول قوله فيما امره والقول قول النداف في مقدار ما قبض النوادر ولو دفع
الى خياط ثوبا ليقطعه قباء ودفع اليه البطانة والقطن فجاءه به فقال رب الثوب
ليست ببطانتي فالقول قول الخياط مع يمينه البتة انها بطانته لان البطانة امانة في يده
ويسع لرب الثوب ان ياخذ البطانة ويلبسها لانها ان كانت بطانته حل له لبسها
وان كانت غيرها فقد دفع اليه الخياط بدل بطانته فحل له اللبس ● ولو اعطى حمالا
متاعا يحمله من موضع الي موضع ثم اختلفا فقال رب المتاع ليس هذا متاعي وقال
الحمال هو متاعك فالقول قول الحمال مع يمينه لانه امين ولا يكون على الامر اجر الا ان
يصدقه وياخذه لانه لم يعترف باستيفاء المنافع وكذلك لو حمله طعاما فقال الحمال
هذا طعامك بعينه وقال رب الطعام كان طعامي اجود من هذا فانه يحتمل ان
يكون القول قول رب الطعام ويبطل الاجر ويحتمل ان يكون القول قول الحمال وياخذ الاجر
وان كانا نوعين مختلفين بان جاءه به شعيرا وقال رب الطعام كان طعامي حنطه لم يجب

له الاجر حتى يصدقه لانه اذا اتحد الجنس فرب الطعام ملك ان ياخذه عوضا من طعامه
لان الحمال قد بدل ملكه فاذا حصل له العوض سلمت له المنفعة فاما في النوعين فلا
يسعه ان ياخذ النوع الاخر الا بالتراضي فما لم يصدقه لم يستحق الاجرة ولو دفع
غزلا الى حايك وامره ان يزيد من عنده رطلا فقال قد زدت وقال رب الثوب لم
تزد فالقول قول رب الغزل مع يمينه على علمه لان الصانع يدعي عليه الضمان وهو ينكر
ويحلف على العلم لانه يحلف على فعل الغير ولو وزن الثوب فكان زايدا على ما
دفعه اليه زيادة يعلم ان الرقيق لا يزيد به مثل ذلك فالقول قول الصانع مع يمينه
لان رب الثوب يدعي خلاف الظاهر وان كان الثوب مستهلكا لا يدرى
فالقول قول رب الثوب لما بينا اذا امره ان ينزع ضرسا له باجر فنزع فقال
الامر امرتك بغير هذا فالقول للامر مع يمينه عند ابي حنيفة وكذا لو امره
ان يقطع شيا من جسده او يبط قرحة لان الامر يستفاد من قبله فكان القول قوله
وقال محمد في رجل امر انسانا ان ينقش في فصه اسمه فغلط فنقش اسم غيره فله
ان يضمنه الخاتم لانه فوت عرضه من الخاتم وهو الختم فصار كالمستهلك
ولو امر رجلا ان يحفر له بيتا فحفر قال محمد يعطيه ما زاد الحفر فيه لان ما استاجر
عليه لم يوجد فلا يستحق الاجرة وقد عمل ما لم يستاجر فكان له قيمة ما زاد في البيت
واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تقطعه قبا وقال الخياط
امرتني ان اقطعه قميصا فالقول قول رب الثوب والخياط ضامن لان الاذن يستفاد من
قبله ولو انكر الاذن اصلا كان القول قوله فاذا انكر الاذن الا بصفة يكون القول
قوله في الصفة لانه ما اقر بالاذن الا على ذلك الوصف وان شا رب الثوب اخذه واعطاه
اجر مثله لانه امتثل الامر في اصل ما امر به وهو القطع والخياطة وخالفه في الوصف

فقد وجد اصل المعقود عليه مع العيب فكان لصاحب الثوب الرضا به وكذلك
لو قطعه سراويلا بدل القبا انه روى عن محمد انه لو دفع شبها الى رجل ليضرب له طشتا
فضرب به كوزا فان شا ضمنه مثل شبهه وان شا اخذه واعطاه اجر مثله فيما عمل
فيجب ان يكون في السراويل كذلك وانما وجب اجر المثل لان المستعمل لم يرض بالمسمى
الا على صفة مخصوصة فاذا لم يسلم له على ذلك الوصف وجب اجر المثل باب

الاستصناع

الاستصناع غير جايز قياسا لجهالة المعقود
عليه بل لعدمه ويجوز استحسانا لتعامل الناس ولتعارفهم في ساير الاعصار من غير
نكير وذلك دليل فوق القياس فان في النزع عن العرف والعادة حرج والحرج
مدفوع شرعا ثم هو بيع عند عامة المشايخ لا مواعدة لانه سماه في الكتاب
بيعا واثبت فيه خيار الرؤية وذلك يليق بالبياعات والاستصناع يجوز فيما
جرت العادة به كالقلنسوة والخف والانية اذا بين الوصف على وجه
يحصل به التعريف لان التعامل جرى في ذلك ولم يجري في الثياب بان امر حايكا
ليحوك له ثوبا بغزل من عند نفسه ونحو ذلك لا يجوز لانه لا تعامل فيه
والقياس يرده والعقد فيه ليس بلازم ولكل واحد منهما ان يمتنع منه
لان الجواز لمكان الحاجة وهي تندفع باثبات اصل الجواز فبقي اللزوم على
اصل القياس وفيه خيار الرؤية عندهما وليس للصانع خيار وقال ابو يوسف
لا خيار لواحد منهما لان الصانع افسد متاعه وقطع جلده فاذا اتى على
الصفة المشروطة لو كان للمستصنع الامتناع لودى الى الاضرار به
وهذا لا يجوز بخلاف ما اذا قطع الجلد ولم يعمل لانه لا يدري ان العمل هل يقع على
الصفة المشروطة فجاز للمستصنع الفسخ لهما انه اشترى شيا لم يره

لان المعقود عليه وان كان معدوماً الحق بالموجود تقديراً لمكان القول بجواز
العقد فيصير مشترياً ما لم يره فيثبت له الخيار بالنص وليس للصانع بيعه
ومنعه اذا رآه المستصنع ورضيه وان باعه قبل ان رآه جاز لان العقد ليس
بلازم فاذا رآه ورضيه لزم العقد فيه باسقاط الخيار ○ فان ضرب للاستصناع
اجلاً صار سلماً عند ابي حنيفة لا يجوز الا بشرائط السلم ولا يثبت فيه الخيار
وعندهما يبقى استصناعاً لان المستصنع فيه عين والعين لا يقبل الاجل وانما
يذكر المدة فيه للتعجيل والتاجيل فانه يلائم الاستصناع فلم يتغير به وله
ان هذا المسمى بهذا الوصف الذي وصفه يجوز ان يكون عيناً معدوماً ويحتمل
ان يكون ديناً في الذمة فجعلناه مبيعاً ديناً في الذمة لانه مشروع بالكتاب
والسنة فصار اقرب الى الجواز واحق بالرخصة لانه لازم بالاجماع وذكر
الاجل نص على كونه مبيعاً ديناً في الذمة فصار العمل بالتنصيص اولى ○ ولو
دفع حديداً ليعمل له اناء منه فلا خيار له لانه استيجار ليعمل له عملاً في ملكه وليس
باستصناع فان افسده يضمنه حديداً وما لا مثل له يضمن قيمته لانه لم يعمل ما امر
به فصار كما لو اخذ ابتداء ○ دفع اليه غزلاً لينسج له ثوباً سبعاً في اربعة ان
جاء باصغر او اكبر فله ان يرده ويأخذ غزله وان اخذه اعطاه الاجر وان
خالفه الى نقصان اعطاه من الاجر بحسابه لانه اذا نسجه اكبر فقد زاد في قدر
الذرعان لكنه اخل بالوصف واذا نسجه اصغر فقد نقص عن الذرعان وباختلال
الصفة يفوت بعض المصالح فيكون عيباً فاحشاً فيتخير وكذلك لو شرط عليه
رقيقاً فحاكه صفيقاً او شرط صفيقاً فحاكه رقيقاً لانه خالف في الوصف المرغوب
ثم يعطيه اجر المثل في رواية لا يجاوز به المسمى في الزيادة وفي النقصان بقدر الحصة

من المسمى لانه لم يات ببعض العمل فسقط حصة ما لم يعمل وذلك لان العقد قائم من
وجه فانه مزوجه باعتبار النقصان لانه قوي العوض بالاخلال في وصف
الثوب الا انه ما اخل باصله فيحكم بالفساد كما لو هلك احد العوضين في بيع
المقايضة وفي رواية يعطيه المسمى متى اخذه معيباً وان اخذه ولم يرض بالعيب يعطيه
اجر المثل لا يجاوز المسمى لان العقد قائم من كل وجه لان المعقود عليه العمل
واصل العمل حصل بان صاحب الغزل الا ان فيه عيب فكان المعقود عليه
معيباً وذلك لا يفسد العقد كما في البيع وروي عن محمد لو اوفاه الوصف والذرع
وزاد فيه له الخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذ الثوب واعطاه المسمى ولا شيء
للذرع الزائد لانه اذا زاد في الطول فقد استكثر الغزل زائداً على ما امره
وربما لا يكون له حاجة اليه فيكون له الخيار والزيادة حصلت بغير عقد
فلا يجب بازائها اجر ○ دفع خفه ليبغله فبغله على وجه لا يبغل مثله
في الخفاف او رديا وقد شرط جيداً فان شاء ضمنه خفه بغير نعل ولا اجر
له وان شاء اخذه واعطاه اجر المثل وما زاد النعل فيه وهو ان ينظر الى قيمة
الخف مجرداً غير منعل ومبطن والى قيمته منعلاً مبطناً فان كان قيمته غير
منعل عشرة وقيمته منعلاً اثني عشر علم ان قيمة ما زاد فيه درهمان لانه اتى باصل
العمل لكنه معيباً فلم يوف العمل على الوجه المأذون وكان مخالفاً في الوصف موافقاً
للاصل فان شاء مال الى الخلاف وضمنه خفه وان شاء مال الى الوفاق واخذ
خفه ويعطيه اجر مثل عمله وما زاد النعل فيه لانه اتصل بخفه عمل وعين
مال وفي مثل هذا يجب قيمة ما زاد في الصبغ ○ ولو دفع غزلاً لينسجه ويزيد
من غزله مسمى على ان يعطيه غزلاً مثل غزله او يعطيه ثمن الغزل دراهم والاجرة

دراهم مسماة لا يجوز قياسا لانه شرط قرضا او بيعا في اجارة وذلك يوجب فسادها
ويجوز استحسانا للتعامل فان الانسان قد يدفع غزلا الى حايك ويامره بنسج
ثوب مقدر ويعلم انه لا يكفي الغزل المامور به فيشترط زيادة غزل من
عند الحايك على سبيل القرض او الشري ليتم به الثوب فهذا الشرط متعامل
فيما بين الناس من غير نكير كما لو اشترى نعلا على ان يشركه البايع او يحذوه
جاز الشرا لانه شرط متعارف فيه ● وكذلك لو قال زد رطلا من غزلك
مثل غزلي وسكت جاز ويحمل على القرض لانه يحتمل الهبة والقرض والقرض
ادناهما لانه تمليك ببدل وانه متيقن فكان اثباته اولى ● فان جاءه فاختلفا
فقال رب الثوب ما زدت فوزن فاذا فيه زيادة فقال الزيادة من الدقيق
وقال النساج هي من الغزل فان كان مثل تلك الزيادة يكون من الدقيق فالقول
لرب الثوب وان لم يكن فللنساج لانه لما قال اهل الصناعة ان الدقيق يزيد
هذا القدر فالظاهر شاهد لرب الثوب وان قالوا الدقيق لا يزيد
هذا القدر صار الظاهر شاهدا للحايك ● دفع ظهارة ثوب وقال بطنه
واحشه من عندك بشي معلوم يجوز قياسا كما لو استصنع خفا و
قلنسوة ولا يجوز استحسانا لانه بايع ما ليس عنده ولا تعامل في الخياطة
فلا يجوز وفي الخف والقلنسوة تعامل فجاز ● ولو دفع سمسما وقال قشره
وربه بنفسج ولك درهم كان فاسدا لان البنفسج مجهول قدره لانه قد يقل وقد
يكثر فيكون العمل مجهولا فان كان قدر البنفسج معلوما عند التجار جاز لان
المعروف كالمشروط بخلاف ما لو دفع ثوبا الى صباغ ليصبغه بعصفره
جاز وان لم يبين قدر العصفر لان قدر ما يصبغ به مثل هذا الثوب

معروف فيما بين الصباغين حيث لو زاد او على ذلك المقدار فسد الثوب
والمعروف كالمشروط ● واذا اختلفا فيما امره ان يصبغه به فالقول
لرب الثوب مع يمينه لانه لو انكر الاذن اصلا كان القول قوله فكذا اذا
انكر وصفه ● واذا انكر وصف المستصنع وقال ما امرتك بمثل هذا
لا يحلف لان الاستحلاف لا يفيد لانه يدعي عليه معنى لو اقر به لا يلزمه
بل له الامتناع عن الاجر فاذا انكر لا يستحلف عليه والله اعلم بالصواب
واليه المرجع والماب

كتاب ادب القاضي

يحتاج الى معرفة فرضية القضا وتفسيره لغة وشريعة ومن يجوز تقلد القضا
منه ومن لا يجوز وجواز الدخول في القضا اما فرضية القضا فرضية
محكمة وسنة متبعة وعبادة شريفة اذا اقيمت بحقها لقوله تعالى وان
احكم بينهم بما انزل الله امر والامر للوجوب وقوله تعالى ومن لم يحكم بما
انزل الله فاولئك هم الفاسقون فقد الحق الوعيد بتاركه وانما يلحق
الوعيد بتارك الفرض ولان القضا سبب لقطع المنازعة والمشاجرة فيما
بين المسلمين وفرض كفاية لان المنازعة متى استمرت ادت الى الفساد وقطع الفساد
ورفعه فرض وكذلك ما يؤدي اليه الا انه فرض كفاية لان القضا ما افترض
لعينه وانما افترض لغيره وهو قطع المنازعة وهذا المعنى يحصل باقامة
البعض فيسقط عن الباقين كالجهاد وانه عبادة شريفة ورتبة عليه لما فيه من
كف الظالمين ونصرة المظلومين واعانة الملهوفين وتفريج كرب المكروبين ●
واما تفسيره فالقضا لغة يعبر به عن اشيا عن اللزوم لما فيه من الالزام

وعن التقدير يقال قضى القاضي بالنفقه اي قدرها وعن الامر قال الله تعالى وقضى
ربك ان لا تعبدوا الا اياه اي امر وفي الشريعة يراد بالقضا فصل الخصومات
وقطع المنازعات واما اهليته فاهل القضا من كان عالما بالكتاب
والسنه واجتهاد الراي والمقايسه لقوله عليه السلام لمعاذ بن جبل حين
بعثه قاضيا الي اليمن بم تقضي يا معاذ قال بكتاب الله تعالي قال فان لم تجد قال
بسنة رسوله قال فان لم تجد قال اجتهد في ذلك راي فقال عليه السلام
الحمد لله الذي وفق رسول رسوله لما يرضى به رسوله ولان القاضي مامور
بالقضا بالحق قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم
بين الناس بالحق وانما يمكنه القضا بالحق اذا كان عالما بالكتاب
والسنه واجتهاد الراي لان الحوادث ممدوده والنصوص معدوده
فلا يجد القاضي في كل حادثه نصا يفصل به الخصومه فيحتاج الى
استنباط المعنى من المنصوص عليه وانما يمكنه ذلك اذا كان عالما بالاجتهاد
واما العدالة فليست شرطا للاهليه بل هي شرط الاولويه والاصليه
حتى ان الفاسق قد يصلح قاضيا وهو رواية الخصاف حتى ان الفاسق
لو تقلد القضا يصير قاضيا ولو قضى ينفذ قضاوه عندنا خلافا
للشافعي وهذا بنا على ان كل من صلح شاهدا صلح قاضيا لان القضا يبتنى
على الشهادة والفاسق يصلح شاهدا عندنا فصلح قاضيا وعنده لا يصلح
شاهدا فلا يصلح قاضيا واما من يجوز تقلد القضا منه فنحو تقلد
القضا من السلطان العادل والجاير جميعا فان الصحابة تقلدوا الاعمال
من معاويه بعد ما اظهر الخلاف مع علي رضي الله عنه والحق مع علي في

نوبته ولانه غلبت الظلمة والجورة علي بلاد المسلمين فلو لم يجز تقليد القضا
منهم لضاق الامر على الناس لكن انما يجوز تقليد القضا من السلطان الجاير
اذا كان يمكنه القضا بالحق اما اذا كان لا يمكنه فلا يجوز واما حال الدخول
في القضا اختلفوا فيه قيل يجوز الدخول فيه مختارا لما فيه من متابعة الانبيا والمرسلين
والخلفا الراشدين واعانة المظلومين واقامة حدود الله واستيفا حقوقه
وقيل لا يجوز الدخول فيه الا مكرها لقوله عليه السلام من سال القضا وكل الى نفسه
ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من سال القضا اعتمد فهمه
وورعه فصار محجوبا فلا يلهم الرشد ويحرم التوفيق ومن اكره علي القضا فقد
اعتصم بحبل الله وتوكل علي ربه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهمه
الرشد ويوفقه الصواب والصحيح ان تقلد القضا مختارا رخصة والامتناع
عنه عزيمه لانه قل ما يمكنه الوفا بحقه فيهلك للاخلال ببعض ما امر به كما
وصف الادمي ظلوما بحمل الامانه جهولا بالعاقبه هذا اذا كان في البلدة
قوم يصلحون للقضا فاما اذا لم يكن في البلده غيره يصلح للقضا يجب عليه
تقلده ولو امتنع عنه ياثم لانه فرض عينا ولو كان في البلد قوم يصلحون
للقضا فامتنعوا جميعا فان كان السلطان بحيث لا يفصل الخصومات بنفسه
ياثمون لانه تضيع احكام الله وان كان السلطان بحيث يفصل بنفسه لا ياثمون
لانه لا يضيع احكام الله تعالى ولو امتنعوا الكل حتى قلد واحدا جاهلا يشتركون
في الاثم لانه يودي الى تضييع احكام الله تعالى فلا يحل لهم السكوت

باب القضا بالعلم واجتهاد الراي في القضا فيه فصول

فصل فيما يقضي به وفصل في تقليد الصحابي واقوالهم وتقليد التابعين واقوالهم وفصل

في احدهما دالراي **فصل** وينبغي للقاضي ان يقضي بما في كتاب الله تعالى فان
لم يجده في كتاب الله تعالى يقضي بما في السنة لانا امرنا باتباعهما قال الله
تعالى ما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا فان لم يجد نصا يقضي باجماع
الصحابة قال عليه السلام عليكم بسنتي وسنة الخلفاء بعدي عضوا عليها بالنواجذ
فان كان بينهم اختلاف فان كان القاضي من اهل الراي والنظر والتمييز ميز اقاويلهم
ورجح بعضها على بعض ونظر الى اشبهها بالحق واقربها الى الصواب واحسنها
عنده وقضى به لقوله عليه السلام اصحابي كالنجوم فبايهم اقتديتم اهتديتم
فان كان شيا لم يكن للصحابة فيه قول وكان فيه اجماع التابعين قضى به لان اجماع
كل عصر حجة فلا يسعه ان يخالفه فان كان فيه اختلاف بينهم رجح قول بعضهم
وقضى به وان لم يجد شيا من ذلك فان كان من اهل الاجتهاد قاسه على ما
يشبهه من الاحكام واجتهد رايه فيه وتحرى الصواب ثم يقضي برايه وان لم
يكن من اهل الاجتهاد يستفتي في ذلك فياخذ بفتوى المفتي ولا يقضي بغير علم
ولا يستحي عن السوال كيلا يلحقه الوعيد المذكور في قوله عليه السلام القضاة
ثلثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل علم فقضى بما علم فهو في الجنة ورجل
جهل فقضى بالجهل ورجل علم فقضى بغير ما علم فهو في النار **فصل في التقليد**
عن ابي حنيفة فيه ثلث روايات في رواية قال اقلد من كان من القضاة المفتين
من الصحابة كابي بكر وعمر وعثمن وعلي والعبادلة الثلثة وغيرهم رضي الله عنهم
واقلدهم ولا استجيز خلافهم برايي وفي رواية قال اقلد جميع الصحابة ولا استجيز
خلافهم لرايي الا ثلثة نفر انس بن مالك وابو هريرة وسمرة بن جندب فقيل له في
ذلك قال اما انس فقد اختلط عقله في اخر عمره وكان يستفتي من علقمة وانا
لا اقلد علقمة فكيف اقلد من يستفتي منه واما ابو هريرة كان يروي كل ما

يسمع من غير ان يتامل في المعنى ومن غير ان يعرف الناسخ والمنسوخ واما سمرة
فقد بلغني عنه امر ساءني والذي بلغني عنه انه كان يتوسع في الاشربة المسكرة
سوى الخمر فلم يقلدهم في فتواهم اما فيما رووا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
ناخذ بروايتهم لان كل واحد منهم موثوق به فيما يروي وفي الرواية الثالثة قال
اقلد جميع الصحابة واتبع لفتواهم وهو الظاهر من المذهب وهذا لا يخلو اما
قالوا ذلك جزافا او سماعا او اجتهادا ولا يظن بهم انهم قالوا جزافا وان
كان سماعا لزم كل واحد الانقياد له وان كان اجتهادا فاجتهادهم اولى من اجتهاد
غيرهم لانهم يوفقون للصواب ما لا يوفق غيرهم لذلك واما تقليد التابعين
فعن ابي حنيفة فيه روايتان في رواية قال من كان من ائمة التابعين وافتى في زمن
الصحابة وزاحمهم في الفتوى وسوغوا له الاجتهاد مثل شريح والحسن ومسروق
ابن اجدع وعلقمة فانا اقلدهم لانهم لما بلغوا درجة الفتوى في زمن الصحابة
والصحابة سوغوا لهم الاجتهاد فصار قولهم كقول الصحابة وفي ظاهر الرواية
قال لا اقلدهم هم رجال اجتهدوا ونحن رجال نجتهد وانما ذكرنا ذلك في
الكتب لا محابهم بل بيانا انه لم يستبد بهذا القول بل سبقه غيره وقاله متبعا لا
مخترعا **فصل** لا بد من معرفة تفسير الاجتهاد واهلية الاجتهاد والاجتهاد
وحكمه اما تفسيره فالاجتهاد بذل المجهود لطلب المقصود واما حده في
الشرعيات قال بعض مشايخنا ان يكون عالما بالكتاب والسنة مما يتعلق بهما
الاحكام الشرعية لا بجميع ما فيهما وعارفا بالاجماع والقياس هذا هو
الشرط لصيرورة الرجل مجتهدا ليمكنه استخراج الاحكام واستنباطها من
الادلة الشرعية ولا يشترطون معرفة الفروع التي استخرجها المجتهدون

بارائهم وقال بعضهم يشترط مع هذا ان يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد
السلف كفروع ابي حنيفه والشافعي وهذا للتسهيل على الناس فان من سمع عامة ذلك
وتفقه فيه يصير من اهل الاجتهاد وقال بعضهم من حفظ المبسوط ومذهب
المتقدمين فهو من اهل الاجتهاد واذا بلغ الرجل هذا الحد يصير مجتهدا ويجب عليه
العمل باجتهاده ويحرم عليه تقليد غيره ۞ واما حكمه قال اهل الحق بان المجتهد قد يخطي
وقد يصيب في الشرعيات وقال بعض مشايخنا انه مصيب في اجتهاده بكل حال ولكنه
قد يخطي وقد يصيب في الشرعيات وقال بعض مشايخنا انه مصيب في اجتهاده
فيما يؤدي اليه اجتهاده بان كان عند الله خلافه وهو مروي عن ابي حنيفه فانه
روي عن ابي حنيفه قال كل مجتهد مصيب والحق عند الله تعالى واحد وتفسيره
ما ذكرنا وقال عامة المعتزله واكثر الاشعريه ان كل مجتهد مصيب في
الشرعيات وهذا الاختلاف بنا على ان عندهم الحق عند الله تعالى حقوق وكل
مجتهد متى ادى اجتهاده الى شي يكون صوابا في حقه عند الله تعالى لا في حق صاحبه
وعند اهل الحق الحق عند الله واحد والاجتهاد طلب ذلك الحق فان وجده يكون
مصيبا وان لم يجده يكون مخطيا ضرورة وذلك لان الشي الواحد في زمان واحد في
حق شخص واحد لجهة واحدة حلال وحرام صحيح وفاسد من باب التناقض ويجب
تنزيه الشرع عن التناقض والحل متى كان ثابتا في زمان واحد في شي واحد في حق شخص
واحد لمصلحة معلومه وتلك المصلحة قايمه في حق شخص اخر ظاهرا يكون تناقضا
فاما عند اختلاف المصلحة فلا وعند التنصيص بالتنصيص في حق شخص يعرف
بدلالة الحال اختلاف المصلحه فاما في غير المنصوص عليه لا يجوز القول بالحل في حق
شخص وبالحرمة في حق شخص اخر مثله في الحال والمصلحة في حقه ظاهره ولا على مصلحه

باطنه يكون تناقضا في الشرع ۞ ثم هل يجوز للصحابي الاجتهاد في عصر
النبي عليه السلام قيل لا يجوز لان اجتهاد غير النبي يحتمل الخطا وانما يجب العمل به
عند الضرورة ولا ضرورة مع امكان الوصول الى الصواب بيقين وهو الرجوع الى
النبي عليه السلام وقيل يجوز لحديث معاذ حين قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم
لم تقضي قال بكتاب الله الحديث وقال عامة العلما يجوز لمن كان بعيدا منه ولا يجوز
لمن كان قريبا منه وهو الاصح لانه متى امكنه الرجوع الى جواب النبي عليه السلام فيه فوت
حكم الحادثة وراي النبي اقوى من رايه فلا يجوز له ترك الاقوى مع القدرة عليه كما
لا يجوز الاجتهاد في زماننا مع امكان الوصول الى النص وان كان بعيدا منه وهو بحال
يفوت حكم الحادثة بالرجوع الى النبي عليه السلام في السوال عنه يجوز الاجتهاد
لمساس الحاجة اليه دل عليه ان النبي عليه السلام سوغ لمعاذ الاجتهاد حين بعثه
الى اليمن لانه كان بعيدا عنه ۞ ثم النبي عليه السلام هل كان يقضي بالاجتهاد فيما لم
يوح اليه قيل انه غير جايز لان في اجتهاده سبب لسقوط الناس عن اتباعه والعمل
بشريعته لان الناس متى سمعوا انه يحكم في شريعته برايه واجتهاده ربما يسبق الى
اوهامهم انه ينصبه من تلقا نفسه وذلك سبب النفرة والتفرق اذ الطبع ينفر
عن اتباع مثله فلا يجوز ان يكون ماذونا بما يفضي الى النفرة عنه وقال عامة العلما بانه
جايز عليه وهو مامور به وهو مروي عن ابي يوسف والشافعي لقوله تعالى فاعتبروا
يا اولي الابصار وهذا نص عام ولما روي عن عمر رضي الله عنه انه سال رسول الله
صلى الله عليه عن القبلة للصايم هل تفطره فقال ارايت لو تمضمضت بما ثم مججته ان
كان يضرك قال لا قال ففيم اذا وهذا هو صورة القياس ولان اجتهاده صواب بيقين
لانه معصوم عن الخطا في امور الدين عند اكثر الائمه ~~وعند الكل معصوم عن الخطا~~

في امور الدين عند اكثر الامه وعند الكل معصوم عن القرار على الخطا واجتهاد
غيره تحتمل فلما جاز الاجتهاد لغيره فلان يجوز اجتهاده اولى واجتهاده الهام
من الله تعالى او علم ضروري وكان وحيا من الله تعالى الا انه وحي بطريق الالهام
والاجتهاد فيكون نصب الشرع من الله تعالى لا من تلقا نفسه فلا يودي الى التنفير والله
تعالى اعطى لرسوله العلم بالاحكام بالطرق كلها ليكون علمه اوسع ودرجته ارفع
فمن انكر بعض طريق العلم له الذي هو ادق واغمض واثبت لغيره مع عدم العصمه
عن الخطا والزلل فقد بالغ في الخطا والضلال ثم لا بد من معرفة فصلين احدهما
اذا اتفق اصحابنا ابو حنيفة وصاحباه في شي لا ينبغي للقاضي ان يخالفهم برايه
لان الحق لا يعدوهم فان ابا يوسف كان صاحب حديث حتى روي انه قال احفظ
عشرين الف حديث من المنسوخ فاذا كان يحفظ من المنسوخ هذا القدر فما ظنك
في الناسخ وكان محمد صاحب فقه ومعنى ولهذا قل رجوعه في المسايل وكان مقدما
في معرفة اللغة وله معرفة بالاحاديث ايضا وابو حنيفه رحمه الله كان في
ذلك كله الا انه قلت روايته لمذهب خاص له في باب الحديث وهو انه لا تحل
روايه الحديث عنده الا اذا كان يحفظ الحديث من حين سمع الى ان يروي والثاني
اذا اختلفوا فيما بينهم قال عبد الله بن المبارك يوخذ بقول ابي حنيفه لانه كان من
التابعين وزاحمهم في الفتوى وقال المتاخرون من مشايخنا اذا اجتمع اثنان منهم على شي
وفيهما ابو حنيفه يوخذ بقولهما وان كان ابو حنيفة في جانب وهما في جانب فان كان
القاضي من اهل الاجتهاد يستفتي غيره فياخذ بقوله بمنزلة العامي وذكر الحسن بن
زياد الجاهل بالعلم اذا استفتى فقيها فافتاه يقول اخذ بقوله ولا يسعه ان يتعدى
الى غيره ه وان كان في المصر فقيهان سيان في الفتوى فاختلفا على شي فلينظر ايهما

يقع في قلبه انه اصوبهما وسعه ان ياخذ به فان كانوا ثلثة فقها في مصر واتفق
اثنان على شي اخذ بقولهما ولا يسعه ان ياخذ بقول الثالث وان اختلفوا ولم يتفق
اثنان منهم على شي اجتهد هو رايه فيه فايهم كان اصوب عنده عمل به وليس له ان يعمل
بقول غير واحد منهم قال ابو العباس الناطفي في اجناسه هذا اذا كان المستفتي على
مذهب اهل العراق اعني عالما بقول ابي حنيفه واعني عالما بقول ابي يوسف واعني عالما
بقول محمد او بقول زفر فانه ليس له ان ياخذ بقول الشافعي او مالك وله ان ياخذ بقول
القاضي اذا حكم عليه بخلاف مذهبه ه وان كان في المصر قوم من اهل الفقه شاورهم
في ذلك لان الله تعالى امر رسوله بذلك بقوله وشاورهم في الامر والقاضي لا يكون
افطن في نفسه من الرسول فان اتفقوا على شي وكان رايه كرايهم فصل الحكم فان اختلفوا
نظر الى اقرب الاقاويل عنده من الحق وامضى عند ذلك ولا يعتبر كبرهم السن ولا كثرة
العدد لان الاصغر والواحد قد يوفق للصواب في حادثة ما لا يوفق الاكبر
والجماعة اما بكثرة فطنته وحفظه او لجودة خاطره وذكا فهمه الا ترى ان عمر
رضي الله عنه كان يشاور ابن عباس وكان يقول له يا غواص غص وكان اذا
اصاب يقول شنشنة اعرفها من اخزم وهذا مثل يذكره العرب لمن يشبه اباه
وكان ياخذ بقوله وعمر كان اكبر سنا واذا اجتمع فقها البلدة على شي وكان رايه
خلاف ذلك فلا ينبغي ان يعجل بالحكم حتى يكتب فيه الى غيرهم ويشاورهم ثم ينظر الى
احسن ذلك فيعمل به لان المشورة بالكتاب من الغايب بمنزلة المشورة بالخطاب من
الحاضر فان وافق رايه رايهم يقضي به وان خالف رايه رايهم قضى براي نفسه لان رايه
صواب عنده وراي غيره الا انه امر بالمشورة في الابتدا رجا ان ينضم راي غيره الى
رايه فاذا لم ينضم لا يدع رايه براي غيره وان قضى براي غيره وهو يرى خلافه نفذ

قضاؤه عند ابي حنيفة وعندهما لا ينفذ حتى كان للسلطان ان ينقض قضاه
لهما ان راي غيره خطا عنده فاذا قضى براي غيره فقد قضى بما هو خطا عنده
فلا ينفذ قضاؤه كما في القبلة اذا تحرى جهة ثم ترك تلك الجهة وصلى الى
جهة اخرى بتحري غيره لا يجوز وان اصاب القبلة وكذلك اذا اودع عند انسان
مالا ونسي المودع واراد المودع ان يضع زكوة ماله فيه لا يجوز لان عنده انه غني
وكذلك اذا كان على رجل فاينة حلينة فاتية الصلوة ونسي الفاينة فاقتدى به
انسان وعلم ان عليه فاينة فصلوة الامام جايزة وصلوة المقتدي فاسدة وله
ان القاضي قضى في موضع الاجتهاد فينفذ قضاؤه كما لو قضى برايه وهذا لانه
لم يتيقن بخطا اجتهاد غيره لان المجتهد لا يقطع القول بان الصواب فيما قاله بل عنده
ان الامر محتمل فاذا كان محتملا للصواب ترجح ذلك الاجتهاد باتصال القضا
به فينفذ القضا وذكر ابو بكر الرازي الخلاف فيما اذا حكم بخلاف مذهبه
وقد نسيه فاما اذا ذكر مذهبه فلا يجوز حكمه بالاجماع فاما اذا لم يكن
للقاضي راي وقت القضا فقضى براي غيره ثم ظهر للقاضي راي خلاف ما قضى
قال ابو يوسف لا ينقض قضاؤه وقال محمد ينقض لمحمد ان رايه في حق وجوب
القضا عليه بمنزلة النص لانه يوجب القضا عليه كالنص ولو قضى برايه ثم
تبين نص خلافه ينقض قضاؤه فكذا هذا لابي يوسف ان راي غيره عند عدم
رايه بمنزلة رايه الا ترى انه يجب عليه القضا براي غيره متى لم يكن له راي فصار
كانه قضى براي نفسه ثم ظهر راي بخلافه ولو كان كذلك لا ينقض قضاؤه لان
الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله فكذا هذا

باب صفة الجلوس للقضا

والجلوس القاضي للحكم في المسجد وكذلك السلطان وقال

الشافعي يكره وقال مالك ان تعمد الذهاب الى المسجد لفصل الخصومة فيه
يكره وان تفرغ اليه الخصمان في المسجد فلا باس به والصحيح قولنا لقوله عليه السلام
انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم سوى بين العبادة والحكم وروى ان النبي عليه السلام
كان يفصل بين الخصوم في معتكفه والخلفا الراشدون كانوا يجلسون في المساجد
لفصل الخصومات ولان القضا في المسجد انفى للتهمة عن القضاة واسهل
للناس في الدخول عليه واجدر ان لا يحجب عنه احد واما المشرك فالنجاسة في
اعتقاده لا على ظاهر بدنه فلا يصيب الارض منه شي والحايض مسلمة والظاهر
انها تحترز عن دخول المسجد في حالة الحيض وتخبرنا انها حايض فاذا اخبرت القاضي
لا يكلفها دخول المسجد لاكن يخرج اليها او الى باب المسجد لينظر في خصومتها
كما لو وقعت الخصومة في الدابة فانه لا يمكن احضارها في المسجد لاكن يخرج
القاضي لسماع الدعوى والشهادة من الشهود والاشارة اليها فكذا هذا
وقال ابو حنيفة ينبغي للقاضي ان يجلس للحكم في المسجد الجامع لان في الخصوم الغربا
واهل البلد فينبغي ان يختار القاضي للجلوس موضعا لا يخفى ذلك على الغربا واهل
البلد والمسجد الجامع اشهر المواضع ولا يخفى ذلك على احد ولا باس بان
يجلس في بيته وياذن للناس ولا يمنع احدا من الدخول عليه ويجلس معه من كان
يجلس معه في المسجد لانه لو جلس وحده تمكن فيه تهمة الميل ولا باس بان يقعد
في الطريق اذا كان الطريق لا يضيق بالمارة فان كان يضيق فلا يقعد بل يقعد
في ناحية الطريق فينظر فيها ولا يقضي ماشيا لانه يتفرق رايه ويخل فهمه
ولا باس متكيا لان الاتكا يزيد في الفهم والراي لان راحة النفس في الاتكا اكثر من الراحة
في الجلوس مستويا ولهذا لا يبطل خيار المخيرة بالاتكا الا ان القضا مستوي

الجلوس افضل تعظيما لامر القضا وروي عن ابي يوسف انه استفتي عن مسئلة
وهو متكي فاستوى وارتدى وتعمم ثم افتى تعظيما لامر الفتيا ٥ واذا دخل
القاضي المسجد هل يسلم على الناس قيل ان سلم فلا باس وان ترك وسعه
لتبقى الهيبة وتكثر الحشمة ولهذا جرى الرسم ان الولاة او الامرا اذا دخلوا لا
يسلمون لتبقى الهيبة وتكثر الحشمة والى هذا مال الخصاف وقيل عليه ان
يسلم ولا يسعه الترك وهكذا اذا دخل على الوالي او الامير عليه ان يسلم لانه
سنة فلا يسعه ترك السنة بسبب تقلد العمل فاما اذا جلس ناحية من المسجد
للفصل والحكم لا يسلم على الخصوم ولا يسلمون عليه لانه جلس للقضا فينبغي ان
يشتغل بما جلس لاجله والخصوم ما تقدموا اليه الا لاجل الخصومة فينبغي ان
يشتغلوا بما جاوا له وعن هذا قال بعض مشايخنا من هذا جرى الرسم ان الناس متى
دخلوا على الولاة والامرا لا يسلمون عليهم وهم لا يسلمون على الناس والصحيح
ان الناس يسلمون عليهم وهم يسلمون على الناس بخلاف القاضي والفرق ان الامير
انما جلس للزيارة لا للحكم والفصل وتحية الزائرين السلام فاما القاضي انما جلس
للحكم لا للزيارة فلا يسلمون عليه ٥ وان سلموا عليه وهو في مجلس الحكم لا يجب عليه
رد السلام فان رد فلا باس لان رد السلام انما يجب في اوانه لا في غير اوانه لانه جلس
للحكم لا لرد السلام الا ترى انه لو سلم على الصبي لا يستحق الجواب وكذلك قيل من جلس
ليفقه تلامذته او جلس للذكر او لقراة القران في المسجد فدخل عليه احد وسلم
وسعه ان لا يرد سلامه لانه جلس للذكر والتعليم لا لرد السلام فلا يكون السلام
في اوانه فلا يستحق الجواب ٥ واذا دخل القاضي المسجد يستحب ان يصلي ركعتين
او اربعا اولا لقوله عليه السلام من دخل المسجد فليحييه بركعتين وان شا

صلى اربعا والاربع افضل لانه صلوة النهار ويدعو الله تعالى ان يوفقه ويسدده
للحق ويعصمه عن معاصيه ثم يجلس للحكم ويستقبل القبلة بوجهه لقوله
عليه السلام خير المجالس ما استقبل القبلة وهذا كان في عرف زمانهم اما في زماننا
جرى الرسم ان القاضي يسند ظهره الى المحراب وهذا موافق لما روي ان النبي عليه السلام
كان اذا فرغ من صلوته يسند ظهره الى المحراب ويقول لاصحابه هل راي احدكم
رويا وكذلك الخطيب يوم الجمعة يخطب على المنبر مستدبر القبلة ٥ وتكون
الاعوان امامه من بعيد بحيث لا يسمعون ما يدور بينه وبين من تقدم اليه من
الخصوم لان مجلس القضا مجلس هيبة وحشمة فيقفون بين يديه ليكون اهيب
في عيون الناظرين ٥ واذا اراد ان يجلس معه قوما من اهل الفقه والامانة
اجلسهم قريبا منه لان اهل الفقه انما يجلسون مع القاضي لاجل المشورة وانما
تحصل هذا المقصود اذا كانوا بالقرب منه بخلاف الاعوان فانهم يكونون
ببعد منه لان الاعوان انما يقفون لاجل الهيبة وانما تحصل الهيبة اذا كانوا
ببعد منه وكذلك اهل الامانة يكونون بقرب منه لان اهل الامانة انما حضروا
لاجل الشهادة واكرام الشهود واجب او ليذكروا القاضي ما جرى على لسانه
وهذا يحصل بالقرب منه لا بالبعد عنه ولا باس بان يجلس وحده اذا كان
عالما بالقضا وان كان جاهلا يستحب ان يجلس معه قوما من اهل الفقه
لانه لا بد من ان يزل عن الحق فينبهونه على ذلك ويضع القمطر عن يمينه لان
فيه السجلات والمحاضر والصكوك فيجب ان يكون معدا بين يديه وقد اخرجها
القيم وحملها بين يديه من منزله الى المسجد ٥ ويجلس كاتبه ناحية عنه حيث
يراه حتى لا يخدع بالرشوة فيزيد في الفاظ الشهادة او ينقص ويجلس كاتبا ورعا

مسلماً لأن القاضي لا بد له من الكتابة لأن كل ما يحتاج إليه القاضي لا يمكنه أن
يكتبه بنفسه ويتخذ أعواناً يكونون بين يديه لأن مجلس القضاء مجلس هيبة ولو لم
يتخذ أعواناً ربما يستخف بالقاضي فتذهب مهابته ولأنه يحتاج إلى إحضار
الخصوم وربما لا يمكنه الإحضار بنفسه

باب ما يفعله القاضي في مجلس القضاء

وينبغي للقاضي أن يتقي الله تعالى ويقضي بالحق ولا
يقضي لهوى يضله ولا لرغبة تغره ولا لرهبة تزجره بل يؤثر طاعة ربه ويعمل
لمعاده طمعاً في جزيل ثوابه وهرباً من أليم عذابه فيتبع الحكمة وفصل الخطاب
واختلفوا في تأويل فصل الخطاب قيل العلم بالقضاء وقيل المعرفة بوجوه القضاء
وقيل الفصل بين الخصوم ⊙ وإذا تقدم إليه الخصمان فالسنة أن يجلسا بين
يديه جثواً هكذا وردت السنة ولأن القاضي لو أجلسهما في جانب واحد
كان أحدهما أقرب إليه فتنعدم التسوية ولو أجلس أحدهما عن يمينه والآخر
عن يساره تنعدم به التسوية أيضاً لفضل اليمين على اليسار وليس للقاضي
أن يفضل أحدهما على الآخر ⊙ وينبغي أن يسوي بين الخصمين في الجلوس والنظر
والمنطق لأنه لو فضل أحدهما في ذلك ينكسر قلب الآخر ويضعف وربما يذهب
ويترك حقه مخافة جوره وميله ⊙ ولا يرفع صوته على أحدهما إلا أن
يستوي لقوله عليه السلام من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه
وإشارته ولا يرفع صوته ما لا يرفع الآخر ⊙ ولا يشد على عضد أحدهما
أي لا يعين أحدهما ولا يلقنه لأنه متى أعان أحدهما ويلقنه حجته يضعف الآخر
فيعجز عن الأداء بحجته ⊙ ويكره أن يلوي عنقه إلى أحد الخصمين أي يعرض عنه بعد
ما كان مقبلاً عليهما وهذا منهي شرعاً لأن فيه إعانة لأحد الخصمين وكسر

للآخر وهو مأمور بالتسوية بينهما ⊙ ولو اعتراه هم أو نعاس أو غضب أو جوع أو عطش
أو حاجة حيوانية كف عن القضاء لقوله عليه السلام لا يقضي القاضي بين اثنين
وهو غضبان وقوله عليه السلام لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان ريان ولم يرد
به أن يكون كظيظ الطعام وإنما أراد به أن لا يكون به جوع مفرط ولأن هذه الأشياء
مما يورث خللاً في الفهم والإدراك ولهذا قال مشايخنا إن القاضي لا ينبغي له أن يتطوع
بالصوم في يوم الجلوس للقضاء لأنه ربما يلحقه جوع مفرط فيضعف رأيه فيعجز
عن القضاء ⊙ ولا يبيع ولا يشتري في مجلس القضاء لنفسه لما روي عن عمر رضي الله عنه
أنه كتب إلى شريح لا تشار ولا تضار ولا تبع ولا تبتع في مجلس القضاء ولا ترتش ولا
تقض بين اثنين وأنت غضبان ولأن لمجلس القضاء زيادة هيبة وحشمة والاشتغال
بأمور لا خطر لها تزيل حشمة المجلس وتخل بها ولا بأس بذلك في غير مجلس القضاء وروى
الحسن عن أبي حنيفة أنه يكره له ذلك وهو قول الشافعي لأنه متى باع أو اشترى لنفسه
فإنه يحابى له لحشمة القضاء والمحاباة لحشمة القضاء رشوة فيكره لنا ما روي أن
أبا بكر رضي الله عنه أنه باشر البيع بنفسه بعد الخلافة ولأن القاضي يحتاج إليه
لإقامة مصالحه وتحقيق معاشه فلا يكره له كالنكاح وإنما يبيع ويشتري ممن يعلم أنه
لا يحابيه فأما إذا وقع عنده أنه يحابيه لحشمة القضاء فإنه يكره له أن يبيع ويشتري
منه ⊙ ويشهد الجنازة ويعود المريض لما روي أن النبي عليه السلام كان يشهد
الجنازة ويعود المريض ويجيب الدعوة ولأنه لا يطيل مكثه في ذلك المجلس ⊙ ولا يمكن
أحداً أن يتكلم بشيء من الخصومات لأن الخصم الآخر يتهمه ⊙ ويجيب الدعوة العامة
كالعرس والختان ولا يجيب الدعوة الخاصة كالعشرة وما دونها خاصة وما
فوقها عامة لأن الدعوة العامة ما اتخذت لأجل القاضي بل اتخذت للعامة فلا

نصبه القاضي لاكل القضايا والدعوة الخاصة اتخذت لاجل القاضي فيكون المقصود
هو القاضي مصيرا لاكل القضايا فيكون بمعنى الرشوه له وقيل في الفرق بين الدعوة
العامه والخاصة ان كان صاحب الدعوة بحال لو علم ان القاضي لا يحضر
الدعوة لا يتخذ الضيافه فهذه دعوة خاصة وان كان يعلم ان القاضي لا يحضر
يتخذ فهي عامه وهذا اذا كان الاجنبي لم يتخذ الضيافه لاجله قبل القضا وان كان يتخذ له
الضيافه قبل القضا لمصادقة بينهما فحينئذ بعد القضا لان المودة السابقه دلت
على ان الضيافه للمصادقه لا للقضا والمواصلة وصار كالمستقرض اذا اهدى الى
المقرض شيئا او اضافه ان كان جرى ذلك بينهما قبل القرض فلا باس بالقبول والا
فلا يقبل ويجيب الدعوة الخاصة من القرابه ويقبل هديتهم لانه امكن احالتها
الى القرابه وصلة الرحم فلا تورث التهمه هكذا ذكر الخصاف ولم يحك فيه
خلافا وذكر الطحاوي في مختصره خلافا فقال عندهما لا يجيب الدعوة الخاصة
للقريب وعند محمد يجيب والظاهر انه يجيب دعوة القريب بلا خلاف بدليل انه يقبل
هديته بالاجماع فالدعوة اولى هذا اذا لم يكن للقريب خصومة فان كان لا يجيبه
ولا يقبل هديته ولا يضيف القاضي احد الخصمين الا ان يكون خصمه معه لان
الاضافه والخلوة به تورث التهمه ويكره للقاضي ان يفتي في مجلس القضا في
الخصومات والدعاوي وفي غير مجلس القضا اختلفوا فيه قيل لا يكره لان
في مجلس القضا المناكرة لانه يكون مشغولا بالقضا فمتى افتى يقع الخلل فيهما او في
احدهما وفي غير مجلس القضا لا يكون مشغولا بالقضا فلا يورث خللا في الفتوى
وقيل يكره ايضا لان الخصوم يقفون على مذهبه فيحترزون عنه بالحيل الباطلة
فيؤدي الى ابطال حقوق الناس وهذا المعنى يشمل مجلس القضا وغيره ويكره ان

ياذن لاحد الخصمين بان يدخل في منزله لان ذلك مكسرة لخصمه فاما من لم يكن له
خصومة فلا باس بان ياذن له القاضي بالدخول عليه للسلام ولحاجه تعرض

باب سماع الدعوى والشهاده

وينبغي للقاضي ان يقدم النسا
على حده والرجال على حده لان اختلاط الرجال بالنسا مما يؤدي الى الفساد
حتى لو وقعت خصومة الرجل مع المراة لا بد ان يقدمهما فيجب كل واحد منهما جواب
خصمه فان راى ان يجعل للنساء يوما على حده فعل وهو الاحوط لانه ابعد من اختلاط
النسا والرجال وابعد من اختلاط البعض بالبعض ويقدم الاول فالاول لان تقديم
السابق احق لان السبق يصلح للترجيح كما في الوصايا وقوله عليه السلام منا مناخ من
سبق اليه وان اراد ان يبدا بالغربا بدا لان قلب الغريب يكون مع اهله وولده فمتى
كثر مكثه وتردده على باب القاضي مل وتكل عن الخصومة فينصرف الى
وطنه ويترك حقه فيكون القاضي هو الذي ضيع حقه فان كان اضر ذلك
باهل المصر بان كانوا كثيرا جعلهم كاهل المصر لان تقديم الغربا على اهل
المصر مستحب والاضرار باهل المصر حرام فكان ترك ما هو مستحب اولى
من ترك ما هو حرام وذكر الخصاف لا يصدقه القاضي في قوله اني غريب عازم
على الرجوع الى وطنه ولكنه يسال البينه على انه غريب هكذا روي عن محمد لانه
يدعي معنى يتقدم به على غيره فيحتاج الى اثباته بالبينه ولكن لا يشترط العدالة
في هذه الشهادة ويتفاده المستور يكفي ومن اصحابنا من قال بان القاضي يساله
مع من يريد السفر فيسال الرفقه انهم متى يخرجون وان فلانا هل يخرج معهم وهل السفر
لامر السفر وكذلك لو قال المستاجر انا اريد السفر وكذلك في اخذ الكفيل لما ياتي
واذا اجتمع على باب القاضي ارباب الشهود والايمان والغربا والنسا يقدم القاضي

القاضي الشهود لانا امرنا باكرام الشهود وتوقيرهم لقوله عليه السلام اكرموا الشهود
فان الله تعالى يحيي بهم الحقوق وان قدم ارباب الايمان فله ذلك ايضا لان فصل
الخصومة باليمين ايسر لان في فصل الشهادة يحتاج الى اثبات اسامي الشهود والنظر
في لفظ الشهادة وتعديل الشهود وفي اليمين لا يحتاج الى ذلك وان قدم الغربا فله
ذلك وان قدم النسا على الكل فله ذلك لان امر المراة مبني على الستر ومامورة
بالقرار في البيت وانما خرجت لاجل العذر فكان له ان يفصل خصومتها حتى تنصرف
الى بيتها فيكون ذلك استر لها واذا تقدم الخصمان فالقاضي ان شا ابتداهما وقال
ما لكما وان شا سكت حتى يتكلما لان في البداية بكلامهما نوع فايدة لانه متى امهلهما في
الكلام يمكن كل واحد منهما في الادلا بحجته زيادة تمكن وذكر الخصاف يسالهما
القاضي لان مجلس القضا مجلس هيبة وحشمة فمن لم ير مثل هذا المجلس يتحير ولا
يمكنه ان يبين دعواه فينبغي للقاضي ان يونسه ليتمكن بمسالته حتى يقدر على الدعوى
واذا تكلم احدهما اسكت الاخر ليفهم دعوى المدعي واذا ادعى المدعي فالقاضي
بالخيار ان شا يكتب الدعوى في تلك الرقعة بلفظه لا يزيد عليه ولا ينقص وينظر
فيه اصحيح ام فاسد فان كان فاسدا يقول للمدعي دعواك فاسدة فاذهب وصحح
دعواك وان كان صحيحا ان شا سال المدعى عليه جوابه وان شا نظر اليه وعلى قول
الخصاف يساله وقال ادعى عليك بكذا فماذا تقول فان اقر يكتب اقراره والتاريخ
في تلك الرقعة وامر المقر بالخروج عما وجب عليه باقراره ثم ان عرفهما
القاضي كتب انه اقر فلان بن فلان لفلان بن فلان وان عرف احدهما ولم يعرف الاخر
ثم عرفه اثبت معرفته ومن لم يعرفه ارسل الكلام في حقه ارسالا وان جحد المدعا
عليه اثبت القاضي جحوده في الرقعة التي اثبت فيها دعوى المدعي لان الجحود

مما يحتاج الى معرفته في خلال الخصومة فانه ربما ادعى المدعي الوديعة ويجحد
المدعا عليه الوديعة اصلا ثم ادعى بعد ذلك الرد او الهلاك فانه لا يسمع
منه هذه الدعوى وانما يكتب الدعوى والجحود بلفظهما وعبارتهما ولا
يحول الى لسان العربية الا اذا امكنه ان يحوله من غير زيادة ونقصان ومن غير
ان ياتي بكلمة مبهمة مشتركة تودي الى الاشتباه فاذا لم يمكنه يثبته بلسانه
ويكتب التاريخ وهذا الرسم رسمه الخصاف والقضاة اليوم على رسم احسن من هذا
وهو ان المدعي متى اتى باب القاضي يشاور بعض الوكلا على باب القاضي حتى يشير
على الكاتب ثم الكاتب يكتب دعواه على رقعة واسمه واسم خصمه فاذا احضر
خصمه يقدما على القاضي مع الرقعة فيكون ذلك ايسر على القضاة ولا
يحتاج الخصم الى كثير تردد بين القضاة والكاتب فان جحد المدعا عليه
قال للمدعي الك بينة لقوله عليه السلام حين اختصم الحضرمي والكندي بين يديه
للمدعي منهما الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فان قال المدعي استحلفه حلفه
القاضي لان اليمين حق المدعي كما ان البينة حقه لقوله عليه السلام شاهداك
او يمينه وانما صارت البينة على المدعي واليمين على من انكر من زمن داود عليه السلام
بعد رفع السلسلة وقصة السلسلة معروفة فانه روي ان داود عليه السلام
لما امر بفصل القضا نزلت السلسلة من السما فاذا تقدم الخصمان فالمحق
منهما نزلت السلسلة له فيتناولها والمبطل منهما تصعد السلسلة له فما يتناولها
وكان يفصل به ثم رفعت السلسلة وكان سبب رفعها وهو ان رجلا اودع رجلا
دنانير ثم جحد المودع الدنانير وكان نحتا معه عصا فاختصما الى داود
عليه السلام فاحتال المودع ونقر عصاه وجعل الدنانير في العصا فلما اختصما

وقام المدعي الى السلسلة فنالها فقال المدعى عليه للمدعي خذ عصاي حتى انال
السلسلة فاخذه فنالها فكان مخفيا في عوده ان لا حوله قبله فتحير داود
عليه السلام فنزل جبريل صلوات الله عليه فاخبره بالقصة ورفعت السلسلة
فقطع داود عليه السلام عن القضا فامر الله تعالى ان تقضي ببينة المدعي ويمين
المدعا عليه فان قال المدعي لي بينة حاضرة ان قال حاضرة في المجلس فالقاضي
لا يحلف المدعا عليه بالاجماع وان قال حاضرة في البلد لا يحلفه عند ابي
حنيفة وقال ابو يوسف يحلفه وقول محمد مضطرب ذكر القدوري كقول ابي
حنيفة وذكر الخصاف كقول ابي يوسف لابي يوسف ان اليمين حقه بالنص فاذا
طالبه بما هو حقه يجيبه الى ذلك خلاف ما لو كانت البينة حاضرة في المجلس لانه لا
فائدة في تحليفه مع حضور البينة لابي حنيفة ان اليمين كالخلف عن البينة فانما يصار
اليه عند العجز عن الاصل فاذا كانت المسالة مختلفا فيها فالقاضي ان راى ان يميل الى
قوله لا يحلفه وان راى ان يميل الى قولهما حلفه كما في التوكيل بغير رضا الخصم وليس
يمينه عند المرض والسفر فالقاضي يحبسه ● وذكر الخصاف ولا ينبغي للشاهد
ان يبدا بالشهادة عند القاضي حتى يقول القاضي لهم تشهد فيسال القاضي واحدا
واحدا عن شهادته وقال الطحاوي لا باس به وجه رواية الخصاف ان
الشهادة قبل الطلب من علامات الكذب قال عليه السلام ثم يفشوا الكذب
فيشهد الرجل قبل ان يستشهد ويحلف قبل ان يستحلف والكذب واجب الامتناع
عنه فكذا عما هو من علامات الكذب وجه رواية الطحاوي ان هذا خير
الشهود لقوله عليه السلام الا انبئكم بخير الشهداء فقالوا نعم يا رسول الله قال ان يشهد
قبل ان يطلب منه فاذا كان هذا من خير الشهداء لا يستقيم ان يجعل هذا من علامات

الكذب وتاويل قول النبي عليه السلام قبل ان يستشهد قبل ان يتحمل كما في قوله تعالى
فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فالمراد من الاستشهاد هو التحمل ● واذا ساله
القاضي يقول لهم تشهد ولا يقول كيف تشهد لان ذلك يكون شبه التلقين ولا يلقن الشهود
شيئا عندهما وقال ابو يوسف لا باس بان يقول للشاهد اتشهد بكذا لان الشاهد
قد يعجز عن ادا الشهادة على وجهها مع كونه شاهدا بالحق لهيبة المجلس او لعجزه عن
التلفظ بلفظة الشهادة فلو لم يقل له القاضي اتشهد بكذا ادى الى ابطال حقوق
الناس لهما ان القاضي لم يعرف حقية المدعي فمتى لقن الشاهد ربما تشهد بتلقينه
ولم يكن له شهادة فيكون التلقين من القاضي اعانة لاحد الخصمين فيعجز عن ولسله
ذلك كما لا يلقن المدعي الدعوى ● وان اتهم الشهود فرق الشهود ان راى ذلك
لانه متى جمعهم ربما تشهد احدهم بشهادة فيتبع الباقون اثره ويشهدون بشهادته
وربما لا يكون لهم شهادة فيفرقهم نفيا للتهمة وذكر الخصاف لو شهد شاهد
وفسر الشهادة على وجهها ثم شهد الآخر فقال اشهد على مثل شهادة صاحبي
لا يقبل القاضي حتى يتكلم بشهادته لان هذا يحتمل يحتمل ان يكون المراد منه اشهد
على مثل شهادته من اوله او من خلاله او من اخره فيصير الشاهد شيئا في الشهادة
فيحترز عن الوبال ويلبس على القاضي والشهادة حجة القضا مع الاحتمال لا يجب القضا
بها وقال بعض مشايخنا المختار انه ينظر ان كان الشاهد فصيحا يمكنه بيان الشهادة
على وجهها لا يقبل منه الاجمال وان كان اعجميا غير فصيح يقبل منه الاجمال بان
قال الثاني اشهد بما شهد به هذا اذا كان بحال لو لا حشمة مجلس القضا لمكنه
ان يعبر الشهادة بلسانه لانه بنى شهادته على شهادة صاحبه والبنا يكون كالمبنى
وقال بعض المختار انه ينظر ان احس القاضي كانه من الشهود شهادة الزور

كلف كل شاهد ان يفسر شهادته وان احسن شيا من الجنايه لا يكلف والحكم في
ذلك رايه هذا كما روي عن محمد ان القاضي اذا اتهم الشهود بشهادة الزور
فرق بينهم وان لم يتهمهم لم يفرق هذا اذا قال الثاني اشهد بما شهد به الاول
فان قال اشهد على مثل شهادة الاول لا تقبل لان هذه الشهادة على الشهادة
وليست شهادة على الحق لان مثل قد تكون صلة قال الله تعالى ليس كمثله شي اي ليس
هو كشي فيصير هذا وقوله اشهد على شهادة الاول سوا فلا تقبل ۝ ولو شهد شاهد
بالكتاب نحو ان يكتب شهادتهم في بياض فيقرا عليهم فيقول الشاهد اشهد ان
هذا المدعي جميع ما سمي ووصف في هذا الكتاب على المدعا عليه او في يده بغير
حق واجب عليه تسليمه تصح هذه الشهادة لان الشهادة ربما تكون طويله ولا يمكن
الشاهد حفظها عن ظهر قلبه ولو لم يشهد من الكتاب لبطل حق المدعي فيباح
له ذلك ۝ ثم ان كانت الشهادة على الحاضر يحتاج الشاهد الى الاشارة
الى ثلث مواضع الى المدعي والى المدعا عليه والى المشهود به وان كانت
الشهادة على ميت حضر وصيه او غايب حضر نايبه ينبغي ان يذكروا اسمه
واسم ابيه وجده لان المعرفه لا تحصل باسم واحد لانه لا يقع به التمييز ولا
يزول به الاشتباه وبذكر الابوين يقع به التمييز ويزول به الاشتباه لان
الاسمين جماعه فيكون ذكر الاسمين كذكر العشره ومايه وهذا عند ابي حنيفه ومحمد
وقال ابو يوسف ذكر اسم الاب يكفي لما عرف في كتاب الشروط وان ذكر
اسمه واسم ابيه وصناعته لا يكفي لان الصناعة ليست بشي لازم فان الانسان
قد يشتغل بصناعة في زمان ويشتغل بصناعة اخرى في زمان اخر فلا تحصل بها
التعريف الا اذا كانت صناعة يعرف بها لا محالة فحينيذ يكفي لان التعريف

شرط فباي شي حصل التعريف فقد حصل الشرط هذا اذا لم يكن الرجل مشهورا وان
كان مشهورا كشهرة ابي حنيفه وابن ابي ليلى لا يشترط ذكر النسبه لان
المقصود من ذكر النسبه التعريف وهو حاصل ۝ باب شرايط
الدعوى والخصومه قضاة ثلثة ببغداد كل واحد منهم على
موضع معلوم فاختلف المتداعيان فيمن يختصمان اليه منهم ينظر ان كان
منزل المدعي والمدعا عليه في موضع واحد اختصما الى ذلك القاضي الذي هو في
موضعهما فان كان منزل كل واحد منهما في جانب اخر قال ابو يوسف ذلك
الى المدعي يذهب حيث شا لانه هو الطالب والمنشي للخصومه وقال محمد هو الى
المدعا عليه انما ينظر الى قاضي المدعا عليه فيختصمون اليه لانه هو الدافع
للخصومه ۝ ثم الدعوى لا تخلو اما ان تكون في العقار او في المنقول فان كانت
في العقار ينبغي ان يسمي بلده وموضعه وحدوده لان الدعوى انما تصح اذا كان
المدعا به معلوما وانما يصير معلوما بذكر هذه الاشياء ۝ وان ذكر حدين
لا تقبل دعواه قال مشايخ بلخ وهو رواية عن ابي يوسف ان ذكر حدين مثلا ارض
بان ذكر حد اليمين والغرب او حد اليسار والمشرق لا تقبل ... قد يتفق المحدودان
في الغالب بحدين متلازمين فلا يقع به التعريف وان ذكر حدين متقابلين بان ذكر
حد اليمين واليسار تقبل لانه قل ما يتفق محدودان في حدين متقابلين بل يكون نادرا
فيصير ما يليهما معلوما ۝ فان ذكر ثلثة حدود او ذكر الشهود ثلثة حدود
وقالوا لا نعرف الحد الرابع تقبل دعواه والشهادة استحسانا وقال زفر لا
تقبل قياسا لانه قد يتفق المحدودان في حدود ثلثة ولا يقع به التعريف لنا
انه قل ما يتفق محدودان في ثلثة حدود فلو اتفقا يكون نادرا فيقع به التعريف

كما في بني ادم تقع التعريف بذكر ثلثة اشيا الاسم والنسبة الى الاب والجد ولو ذكر
اربعة حدود وغلط في حد واحد قبل تقبل دعواه وقاسوا وقوع الغلط في احد
الحدود بترك احد الحدود الاربعة وذكر الخصاف في ادب القاضي انه لا تقبل
دعواه وهو الصحيح والفرق بينهما انه متى غلط في احد الحدود صار المدعا
به شيا اخر ونظيره لو شهد شاهدان بالبيع وقبض المبيع لانه متى ذكر احد حدود
دار اخرى وقد سوى تلك الدار والدار المدعا بها في حدين اخرين فيحتمل ان يكون المدعا به
تلك الدار التي ذكر احد حدوده فلا يقبل ومتى تركوا حدا واحدا لا يصير المدعا به
شيا اخر ونظيره لو شهد شاهدان بالبيع وقبض المبيع وتركوا ذكر الثمن جاز ولو
غلطوا في الثمن لا يجوز كذا هذا وهذا اذا لم تكن الدار مشهورة فان كانت مشهورة
معروفة مثل دار عمرو بن حريث بالكوفة ومثل دار الزبير بالبصرة لا يقع التعريف الا
بذكر الحدود عند ابي حنيفة وعندهما يستغني عن ذكر الحدود لان التعريف يقع
بمجرد الاسم في بني ادم حالة الشهرة فكذلك في العقار لـه ان بالشهرة يصير
اصل البقعة معلوما فاما المقدار يبقى مجهولا لانه مما يزداد وينقص والاسم على حاله
والمقدار يختص به كاصل البقعة فلا يصير المشهود به معلوما بذكر الاسم بخلاف
بني ادم لانه لا يتغير الى زيادة ونقصان فيقع التعريف بمجرد الاسم حالة الشهرة
وذكر الخصاف لو قال الشهود نشهد ان الدار في موضع كذا لهذا الرجل وملكه
ولكنا لا نعرف اسماء حدودها تقبل القاضي شهادتهم فاذا اراد ان يحكم بذلك للمدعي
بعث بالشهود ليمشوا على الحدود ويقفوا عليها ويذهب المدعي بجماعة معهما
من الشهود حتى يقفوا على الحدود بحضرتهم ويقولون هذه حدود الدار التي شهدنا
بها لهذا ثم الجماعة ياتون القاضي يشهدون على اسما الحدود فيحكم للمدعي بهذه الدار وكذلك

الضيعة وجميع العقارات على ما وصفت وان ادعى دارا او ضيعة ولم يحد ذلك
فاقر المدعا عليه بذلك واتفقا على الحدود يقضي بذلك على المدعا عليه باقراره
لان اقرارهما حجة على نفسهما وان اقر بالشرا واختلفا في الحدود فقال المدعي هذه
حدودها وقال المدعا عليه بل هذه حدودها يتحالفان ويترادان لان هذا
اختلاف في مقدار المعقود عليه وذا يوجب التحالف بالنص فاما اذا كانت الدعوى
والشهادة في المنقولات فلا يخلوا اما ان كان المدعا به قايما في يد المدعا عليه او
هالكا فان كان قايما يكلف المدعا عليه بالاحضار الا اذا كان يلحقه مونة كثيرة وذلك
ثم يشترط الاشارة اليه ولا يحتاج الى بيان الجنس والسن والحلية والقيمة والصفة
لانه بالاشارة يصير معلوما وان كان هالكا لا تصح الدعوى الا ببيان
جنسه وسنه وصفته وحليته وقيمته لانه لا يصير معلوما الا بذكر هذه
الاشيا وشرط الخصاف بيان القيمة وبعض القضاة لا يشترطون بيان القيمة لان
الانسان قد لا يعرف قيمة ملكه بان ورثه من غيره شيا فيكون القول في القيمة للمنكر
وجه رواية الخصاف ان العين اذا كانت مستهلكة حقيقة او حكما بان كانت
غايبة كانت الخصومة في المالية والقيمة في الحقيقة فلا بد من بيان القيمة
وذكر في دعوى الاصل وادعى مسيل ماء او طريقا في دار رجل وشهد الشهود
ان له طريقا ومسيل ماء فيها ولم يبينوا عرضه ولا طوله ولم يقولوا انما المطر
او غيره صح وله عرض باب الدار التي الطريق فيها وفي المسيل يرجع الى بيان
رب الدار التي فيها وقبل المسلة فيما اذا شهدوا على اقرار المدعا عليه
فاما اذا شهدوا ابتدا فلا تقبل لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار وجهالة
المشهود به تمنع صحة الشهادة وجه رواية الكتاب ان جهالة المشهود به انما

يمنع قبول الشهادة لتعذر القضا بالمشهود به وهنا امكن القضا به لان الطريق
حالة الاشتباه مقدر بعرض الباب الا ترى ان الشركا متى اختلفوا في مقدار الطريق فانه
يقدر بقدر عرض الباب وفي المسيل القول لصاحب الدار مع يمينه انه لما المطر
او لما الوضو والغسالة ومتى امكن القضا بالمشهود فجهالته لا تمنع قبول
الشهادة وصار كما لو شهد وا انه باع قفيزا من صبرة صحت الشهادة
لانه امكن القضا به فكذا هذا ◉ ولو ادعى على رجل انه شق في ارضه نهرا فساق الماء فيه
الى ارضه يسمى حدود هذه الارض وموضع هذا النهر من هذه الارض انه من الجانب
الايمن او من الجانب الايسر ويبين قدر طول النهر وعرضه لان المدعا به لا يصير
معلوما الا بهذا ◉ ودعوى وضع الخشبة لا يصح ما لم يبين ان له موضع خشبة
او خشبتين ويبين غلظ الخشبة لان هذا يتفاوت بين غلظ الخشبة وخفتها
وبين موضع الخشبة من الحايط ◉ شفعوي المذهب اذا ادعى شفعة بالجوار
على رجل هل يقضي له القاضي بالشفعة ام لا قيل لا لان المدعي يدعي انه لا حق له فيما
يدعي فاذا علم القاضي بذلك لا يلتفت الى دعواه وقيل يقضي لانه لما طلب
الشفعة فقد ركن الى مذهبنا فتقبل دعواه ان كان يعتقد خلاف ذلك كما لو اخد
الزوجين من اهل الذمة اذا رفع الى القاضي ان زوجته محرمة منه فالقاضي يفرق بينهما
عند ابي يوسف ومحمد لانه ركن الى ديننا وان كان يعتقد خلاف ذلك وقيل يساله
القاضي عن ذلك فيقول هل يعتقد وجوب الشفعة فان قال نعم يقضي وان قال لا دفعه
عن مجلسه ولا يسمع كلامه وهذا احسن الاقاويل باب اخذ الكاتب والترجم
واقامة الجواز على راسه وينبغي للقاضي ان يتخذ كاتبا من اهل العفاف والصلاح مسلما
حرا عدلا لانه لو اشتغل بكتابة ما جرى بين يديه تذكره لنفسه لشغله عن القضا

فيفوض الى غيره من اهل الصلاح لان كتابة ما جرى بين يديه من باب الامانة وانما
يؤتمن الامين دون الخاين ويقعده حيث يرى ما يكتب لانه انفى للتهمة والتخليط
لانه ربما يخدع بالرشوة فيزيد او ينقص فيما يكتب فيودي الى ابطال حقوق
الناس ◉ ويكتب خصومة كل خصمين وشهادة شهودهما في صحيفة بيضا
وهي المحضر لانه لا يمكنه الحفظ فاذا نسي القاضي ذلك ينظر في الكتاب
فيتذكر فيحيي حقوق الناس ◉ وينبغي للكاتب اذا كتب محضرا ان يكتب
باسم المدعي واسم ابيه وجده وكنيته وصناعته وقبيلته او ما يعرف به
لانه يحتاج الى تعريف المدعي وهذا ابلغ في التعرف وان كان القاضي لا يعرفه
حلاه ليكون ابلغ في التعريف لا باس به فاذا حلاه فانما يحليه بما يزينه لا بما يشينه
حتى اذا كان اعور لا يحليه به لان ذلك لا بد لذكره وكذلك المدعا عليه فان
اقر المدعا عليه ان عرفهما القاضي يكتب اقر فلان بن فلان لفلان بن فلان وان
لم يعرفهما كتب اقر رجل ذكر انه فلان بن فلان لرجل ذكر انه فلان بن فلان
وان جحد كتب جحوده في الصحيفة التي كتب فيها الدعوى وكذلك الشهود
لا يحتاج الى معرفة الشهود للسوال عنهم ويكتب للشهود مواضع منازلهم
ومحالهم ومصلياتهم لان القاضي متى كان لا يعرف عدالة الشهود يحتاج الى
ان يتعرف من عدالتهم وانما يمكنه التعرف من اهل المحلة ويخرج اسما الشهود
وحلاهم ومنازلهم ومصلياتهم في رقعة ويشدها في راس المحضر للمسالة عنهم
ان كان القاضي لا يعرفهم وان كان القاضي يعرفهم لم يحتج الى ذلك فلا يكتب ◉
وان كان الشهود شهدوا على صك او سجل او وصية او وكالة في كتاب
نسخ الكاتب ذلك الكتاب في المحضر لانه يحتاج الى العرض على العلما لطلب الفتوى

منهم فيجب ان يكتب حتى يمكنه ان يعرض عليهم ٥ واذا كتب الكاتب محضرا مما واراد
ان يحليهما فانه ينبغي له ان يترك موضع الحلية حتى تصير الى القاضي فيكون
القاضي هو الذي يحليهما ويكتب حليتهما في المحضر لان الكاتب وان حلاها
لا يستغني القاضي عن النظر في وجهها فيكون نظر رجلين اليها ولو حلاها
القاضي فيكون فيه نظر رجل واحد ونظر الواحد استر وما كان استر لهن فهو
افضل ٥ وان املى القاضي على الكاتب ان يحليها جاز ايضا لان في الحالين نظر رجل
واحد ٥ وسوا كانت المراة مدعية او مدعى عليها او كانت شاهدة فهو
سوا لان معرفة الكل محتاج اليها فيكتب حلية الكل وللقاضي ان يفوض الى
الكاتب ان يحليها اذا كان الكاتب ورعا عدلا لان القاضي ربما لا يتفرغ
الى ذلك واذا قرى المحضر على القاضي ينظر القاضي الى وجه المراة والى حليتها فما عارض
به ما كتب الكاتب ويعمل القاضي في ذلك ما هو احوط واستر ٥ واذا كتب الصحيفة
وهي المحضر يطويها ويختمها بخاتمه لانه اصون من التغيير والحاق زيادة به
او نقصان عنه ثم يكتب على ظهرها خصومة فلان بن فلان في شهر كذى في
يوم كذى لان العنوان يوقفه على العلم بمحضر كل خصم من غير الحاجة الى نقض
الختم وفتح الكتب كلها ويجعل خصومة خصوم كل شهر في قمطر على حدة
لئلا يشق عليه الطلب لكثرة الكتب ويكتب شهادة الشهود بمحضر من خصمه
ثم يعرض ما كتب هل زاد او نقص حتى لا يطعن الخصم بعد ذلك انه زاد او نقص
ويكلف الخصم ان ياتي بصحيفة يكتب فيها خصومته وحجته لان منفعة ذلك راجعة
اليه فيكون الصحيفة عليه

فصل

ويحترز عن الشهود وعن خصوم
لا يفقه لسانهم واثنان افضل بعد ان يكون عدلا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال

محمد والشافعي لا يجوز الا رجلان او رجل وامراتان وكذلك المعدل ورسول القاضي
الى المعدل الواحد يكفي عندهما وعند محمد والشافعي لا يجوز الا اثنان لمحمد ان هذه
شهادة معنى لان العلم للقاضي انما يقع بقول المعدل والمترجم ولزيادة العدد اثر
في افادة زيادة العلم لان بزيادة العدد يدخل الخبر في حد العيان ولهذا يصير
الخبر متواترا بكثرة الرواة فيشترط فيه العدد كما في الشهادة المحضة ولهما ان
المترجم والرسول مخبر لا شاهد مظهر لانه ينقل عبارة غيره ولهذا لم يشترط
لقوله لفظة الشهادة فلا يشترط فيه العدد لافادة العلم كخبر الواحد في باب
الديانات والمعاملات محه وهذا لان اشتراط زيادة العدد في الشهادة المحضة
عرفناه نصا لا قياسا لان بزيادة رجل اخر لا يزداد للسامع زيادة علم واحاطة
لان الخبر بهذا القدر لا يدخل في حد العيان بل يبقى في حيز الاحاد كما في اخبار الرسول ٥
ولا يقبل ترجمة كافر ولا مملوك لان خبر الكافر والمملوك لا يقع العلم والطمانينة
كما في باب الديانات ٥ والقاضي يقوم على راسه الجلواز والجلوزة هي
المنع وهو صاحب المجلس ليمنع الناس من اساءة الادب والتقدم الى القاضي
بالشغب وبيده سوط لانه يحتاج الى تاديب السفها وانما يمكنه التاديب
بالسوط ٥ ويتخير رجلا يقوم بين يديه ويدعو بالرقاع ٥ ولا ينبغي ان يقوم
بين يدي القاضي ان يشار احترازا من الخضوع في مجلس الحكم لانه نائب القاضي

باب القاضي يقضي بعلمه

القاضي اذا علم بالمعاينة
او سماع الاقرار او مشاهدة الافعال فانه لا يقضي بعلمه في الحقوق الخالصة لله تعالى
كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر بالاجماع لان في حقوق الله تعالى كل واحد من احاد
المسلمين يساوي القاضي ثم غير القاضي اذا علم لا يمكنه اقامة الحد فكذا القاضي

الا في السكران فانه اذا وجد سكرانا او وجد رجلا به امارات السكر فانه ينبغي له ان
يعزره لاجل التهمة ولا يكون ذلك حدا ۝ فاما في حقوق العباد نحو المال والطلاق
والعتاق والقصاص والحقوق المركبة نحو حد القذف فعلى اربعة اوجه في وجه
يقضي بعلمه بالاجماع وهو ما اذا علم بعد تقلد القضا في المصر الذي هو قاضي
فيه وفي ثلثة اوجه وهي ما اذا علم قبل تقلد القضا او بعده لكن في غير
المصر الذي هو قاضي فيه او علم في حالة القضا ثم عزل ثم اعيد على القضا
فعند ابي حنيفة لا يقضي بذلك العلم وعندهما وانا في يقضي لهما ان العلم الثابت
للقاضي بالمعاينة فوق علمه بالبينة العادلة لان احتمال الكذب وريب الافك ممكن في
البينة غير ممكن في المعاينة ثم له ان يقضي بالبينة العادلة له فكذا له ان يقضي بعلمه
المستفاد بالمعاينة وله ان العلم الحاصل له قبل التقلد علم شهادة وبينة لا علم قضا
وحكومة لان ذلك العلم غير مطلق له القضا حتى لو شهد عند قاضي اخر لا يقضي
به فلا ينقلب علم قضاء بتقلده القضا وشهادة الفرد لا تصلح حجة على الغير
في حقوق العباد وصار كما لو حصل له العلم بالبينة قبل تقلد القضا لا يقضي
بذلك العلم فكذا اذا علم بالمعاينة فاما العلم الحاصل له بعد التقلد علم قضا لانه
مطلق له القضا فاذا علم ثم عزل ثم تقلد القضا فلان علم القاضي قد بطل بالعزل
فصار كانه علم قبل تقلد القضا النوادر ولو خرج القاضي من المصر ليشيع جنازة او خرج
الى ضيعة فعلم بسبب الحق اختلف المشايخ فيه على قول ابي حنيفة قيل ان لم يكن مقلدا على القرى
لا يقضي بذلك العلم وان كان مقلدا على القرى يقضي وهذا يدل على ان الوالي اذا قلد
رجلا قضا كورة كذا لا يصير قاضيا في سواد الكورة ما لم يقلد قضا تلك
الكورة ونواحيها وقيل لا يقضي بذلك العلم وان كان مقلدا على القرى وهذا

القايل جعل المصر شرطا لنفاذ القضا واشار محمد في باب كتاب القاضي ان المصر
شرط لنفوذ القضا فانه قال ولا يقبل كتاب قاضي رستاق او قرية لانه ليس بقاضي
وانما يفصل على سبيل الصلح وهذا دليل على ان القضا في القرى لا ينفذ وهكذا ذكر
الخصاف لان القضا من اعلام الدين كالجمعة والعيدين فيكون المصر شرطا
لنفوذه لان القاضي في القرى ربما لا يتمكن من القضا فكان بمنزلة ساير الرعايا
وروى ابو يوسف في الامالي ان المصر ليس بشرط لنفوذ القضا لانه يمكنه تنفيذه
بالاستعانة والاستعول من القاضي او الوالي ۝ ولو دفع القاضي مال اليتيم الى
اخر فجحده قضي عليه من غير بينة لانه من حقوق العباد وللقاضي ان يقضي بعلمه
في حقوق العباد اذا علمه حالة القضا ۝ ولو باع القاضي مال الميت فجحده
على الذي باع له لما مر في البيوع ولو جحد من اشترى منه او باع قضي عليه
لان العهدة لما لم ترجع عليه صار كالمعبر لسانه ممن باع له

باب القاضي يجد في ديوانه شيا لا يحفظه

فيه فصول الاول لو تقدم رجل الى
القاضي ومعه رجل فقال للقاضي انك قضيت لي على هذا الرجل بكذا
من المال او بضيعة كذا او نحو من الحقوق والقاضي لم يذكر ذلك فاقام عنده شهودا
عدولا يشهدون ان القاضي اشهدهم انه قضي لهذا المدعي على هذا الرجل بالحق
الذي ادعاه لا يقضي به عند ابي يوسف رواه الحسن وبشر بن الوليد عنه وقال
محمد يقضي به وينفذ لان الشهود لو شهدوا على قضيته عند قاضي اخر
فالقاضي الاخر ينفذ القضية ويحكم بهذه الشهادة فكذا اذا شهدوا على
قضيته عنده لان البينة في الموضعين قامت على السبب الموجب للحق وهو
القضا لابي يوسف ان الشهادة غير القضا والرجل اذا تحمل شهادة ثم نسي

فشهد عنده شاهدان انك تحملت هذه الشهادة وكنا حضوراً هناك لا يسعه ان يشهد بقولهما فاولى ان لا يجوز ان يقضي بقولهما اذا لم يذكر ذلك

فصل

القاضي اذا وجد اقرار رجل او شهادة شهود في ديوانه وهو مختوم بختمه مكتوب بخطه او بخط كاتبه ولكنه لا يذكر تلك الشهادة لا يقضي بتلك الشهادة عند ابي حنيفة وعندهما يقضي وكذلك اذا وجد سجلا في ديوانه مكتوب بخطه فيه اني قضيت بهذه القضية وانفذت القضاء بذلك لكن لم يذكره لا يمضي ذلك عند ابي حنيفة حتى يذكر وعندهما يمضي وكذلك في رواية الاخبار عن النبي عليه السلام اذا وجد سماعه مكتوبا في موضع لكن لا يذكره لا تحل له ان يروي عنه وعندهما يحل لان عنده الشرط لحل الرواية ان يحفظ الحديث عن ظهر قلبه من حين سمع الى ان يروي وعندهما هذا ليس بشرط لهما ان القاضي لا يمكنه حفظ جميع الخصومات والقضايا والشهادات فلو شرط عليه حفظ الكل للقضاء ادى الى ابطال حقوق الناس لانه ربما لا يجد المدعي شهوداً اخر على حقه اذا مات شهوده وكذلك لو شرطنا حفظ المتون والاسانيد لحل الرواية وذلك غير ممكن ادى الى سد باب رواية الاخبار له ان الخط والخاتم تشبه الخط والخاتم فيحتمل ان يكون مزوراً فلا تحل له القضاء واطلاق القضاء بمجرد الخط والخاتم وانه يحتمل ان يكون مزوراً يؤدي الى ابطال الحقوق كما ان في اشتراط الحفظ ابطال حق المدعي بل يلحق المدعي من ابطال الحق يمكنه التحرز عنه بان يشهد على قضيته شهوداً اكثر حتى اذا نسي القاضي اثبت قضاه بالشهادة او يشهد على شهادة الشهود شهوداً حتى اذا مات الاصول امكنه الاثبات بالفروع وكان ما قاله ابو حنيفة احوط والشاهد اذا وجد خطه مكتوباً في صك في يدي

رجل لكنه لا يذكر الشهادة اختلف المشايخ فيه قيل انه على هذا الخلاف وقيل لا يجوز بالاتفاق فعلى هذا القول هما يحتاجان الى الفرق بين هذه والاولى والفرق ان ما يكون في خريطة القاضي وتحت ختمه تؤمن فيه الزيادة والنقصان فالظاهر انه غير مزور والعمل بالظاهر جائز حالة الضرورة فاما الصك يكون في يد الخصم فلا يؤمن عليه الزيادة والنقصان حتى لو كان الصك في يد الشاهد حل له اداء الشهادة بمجرد الخط كما في القاضي وذكر الخصاف في المحضر لو ضاع محضر رجل من ديوان القاضي وفيه شهادة شهود له بحق من الحقوق والقاضي لا يذكر ذلك فشهد كاتباه على قضائه بشهادة شهود شهدوا عنده فانه لا يقبل فرق بين هذه وبين ما اذا ضاع من ديوان القاضي فشهد كاتباه عند القاضي انه امضى ذلك فالقاضي يقبله وكذا اذا ضاع اقرار رجل لرجل فشهد الكاتبان عند القاضي ان هذا اقر عندك لهذا بكذا وقد سمعناه قبله القاضي وقضى بشهادتهما والفرق في الاولى ان الكاتبان لم يعاينا السبب الموجب للحق لان الشهادة ليست بموجب للحق وانما تصير سببا اذا اتصل الى مجلس القضاء والنقل انما يكون بالامر والشاهد ان لم يستشهدا الكاتبين على شهادتهما ولم يامراهما بالنقل وفي الفصلين الاخرين الكاتبان عاينا السبب الموجب للحق لان قضاء القاضي والاقرار موجب والكاتبان شهدا عند القاضي على السبب الموجب للحق فيقبل وصار كرجلين سمعا اقرار رجل لرجل بحق ولم يستشهدهما المقر على اقراره جاز لهما ان يشهدا على اقراره ومثله لو عاين رجلان رجلين اخرين شهدا عند رجلين على شهادتهما ولم يستشهداهما لا يحل ان يشهدا على شهادة رجلين لما قلنا

وما وجد القاضي في ديوان قاض كان قبله من اقرار او بينة فانه لا يعمل بشيء من ذلك ولا ينفذ حتى يستقبلوا الخصومة عنده لان العلم شرط القضاء وما كان عند القاضي الاول فليس بمعلوم له وهذه حجة لابي حنيفة على صاحبيه فيما اذا وجد القاضي سجلا في

ديوانه ولا يذكر ذلك فانه لا يمضي ذلك لانه اذا لم يذكر ولم يعلم صار بمنزلة ما لو
كان ذلك السجل في ديوان قاض اخر كان قبله لانه لا يعلمه في الموضعين جميعا ۞ ولو ان
قاضيا عزل عن القضا ثم رد بعد ذلك على القضا فانه لا يمضي شيئا مما كان في ديوانه
الاول من القضا لانسان على انسان اذا لم يذكره بالاجماع وان ذكره فكذلك عند ابي
حنيفه خلافا لهما وقد مرت ۞ وان قامت البينه لحق لانسان على انسان وقبل ان
يقضي بها عزل ثم اعيد على القضا ورفعت اليه تلك الخصومة فان المدعي يكلف اعاده
البينه ذكرا ولم يذكر فرقا بين الاقرار والبينه والفرق ان البينه لا توجب الحق
بنفسها وانما توجب باتصال القضا بها ولو بوجد قضا بتقليد هذا القاضي بعد
ذلك وتقليد قاض اخر سوا ولو قلد قاض اخر لا يسعه ان يقضي بتلك البينه
حتى يستقبلوا الخصومة ويعيد والبينه

باب قبض المحاضر من ديوان القاضي المعزول

وللسلطان ان يعزل القاضي بريبة وبغير ريبة فانه روي
عن ابي حنيفه رحمه الله انه قال لا يترك القاضي على القضا الا حولا لانه متى اشتغل
بذلك نسي العلم فيعزله ويستبدله حتى يشتغل هو بالدرس فاذا مضى عليه حول
يقول السلطان له لا فساد فيك ولكني اخشى عليك ان تنسى العلم فعد وادرس
العلم ثم عد الينا ثانيا حتى نقلدك ثانيا ومتى عزله فالقاضي المقلد يبعث رجلين
من ثقاته والواحد يكفي والاثنان احوط فيقبضان من المعزول ديوانه وهي الخريطة
التي فيها السجلات والصكوك والمحاضر ونصب الاوصيا والقوام واموال
الوقف وتقدير النفقات وهذا لان القاضي يكتب نسختين احديهما تكون في يد
الخصم والاخرى تكون في ديوانه لانه ربما يحتاج اليها لمعنى من المعاني وما في يد الخصم
لا يومن عليه من الزيادة والنقصان فلا يمكن الاعتماد عليه ثم اذا قبضا ديوان

القاضي المعزول فنسخ السجلات يجعلان في خريطه والصكوك يجعلان في خريطه
والمحاضر في خريطه وكذلك نصب الاوصيا ونسخه قيم الاوقاف فيجعلان كل
نوع في خريطه لان القاضي المقلد يشتبه عليه فلو لم يجمع كل نوع في خريطة
واحتاج القاضي الى نوع من الجمله يحتاج الى تفتيش جميع ذلك فيعسر عليه الوصول ۞
ويسالان القاضي المعزول شيا فشيا ليكشف لهما ما اشكل عليهما ومتى قبضا ذلك
يختمان عليه احترازا عن الزيادة والنقصان ۞ والبياض الذي كتب عليه القاضي
المعزول هذه النسخ ان كان من بيت المال دفع اليهما وان ابى ان يدفع جبر عليه لان
ذلك انما كان في يده لعمله وقد صار العمل لغيره فلا يترك البياض في يده وان
كان من ماله او من مال الخصوم قيل لا يجبر لانه ملكه او وديعة عنده للخصوم وقيل
يجبر وهو الصحيح لانه ما اتخذ للتمول بل للتدين وكذلك الخصوم ما تركوا ذلك عنده
بل للعمل وقد تحول العمل الى غيره وياخذ ذلك بحضرة القاضي المعزول فان لم
يحضر لا يجبر عليه لان المقلد لا يجب عليه ان يحضر بنفسه فكذا المعزول لا يجب
عليه ان يحضر بنفسه لكنه يبعث اثنين ليسلما الديوان الى اميني المقلد ويسالا
امينا المقلد من اميني المعزول شيا فشيا ليكشف عليهما ما اشكل عليهما وياخذان
الودايع واموال اليتامى لان ذلك كله كان في يده بحكم عمله ۞ ويكتبان اسما المحبوسين
لان القاضي اذا حبس رجلا يجب عليه ان يكتب اسمه واسم ابيه وجده والسبب
الذي حبس به الرجل وتاريخ الحبس لانه ربما يحتاج الى سماع البينه على الافلاس بعد الحبس
فلابد ان يكون ذلك معلوما للقاضي ثم القاضي المقلد ياخذ هذه النسخه من
القاضي المعزول ايضا ويكتب تلك في تذكرته ويجعله في قمطره ويختمه بخاتمه ويكتب
التاريخ في تذكرته من التاريخ الذي اثبته القاضي المعزول الا من وقت عمله لان هذا انما

على ذلك الحبس ٥ وبينا لان القاضي المعزول عن المحبسين وعن اسباب الحبس ثم يسال
المحبوسين عن اسباب حبسهم ويجمع بينهم وبين الخصوم فان اتفق القاضي والمحبوس ومن حبس
لاجله اعاده في الحبس وان اختلفوا فصل الخصومة بينهما بالحجة ولا يلتفت الى قول القاضي
المعزول فان جمع بين الخصم والمحبوس فان اقر المحبوس وطلب من له الحق حبسه اعاده الى حبسه
لان القاضي المعزول انما كان حبسه بعد ظهور تعنته وظلمه فجاز للمقلد ان يقره في الحبس
وان انكر وقال انه يدعي على شيئا بغير حق وحبسني بظلم لا يلتفت الى قوله لكن يكلف المدعي
اقامة البينة فان اقام البينة وكان القاضي يعرف الشهود بالعدالة اقره في الحبس وان لم
يعرف الشهود بالعدالة فقول القاضي المعزول فيه لا يكون حجة لكنه يسال عن حال الشهود
ويأخذ منه كفيلا بنفسه ويطلقه لانه لما لم يظهر عدالة الشهود لم يثبت عليه الحق بنفس
الشهادة فلا يمكنه الحبس ولا يطلقه بدون الكفيل لان الاحتياط فيه الى ان تظهر عدالة
الشهود فان ظهرت العدالة اعاده الى الحبس والا فلا ٥ وان كان في المحبوسين قوم لم
يظهر لهم خصما فادعوا انهم حبسوا بغير حق وانه ليس لهم خصما فالقاضي يبلي عذره
ويأمر مناديا ينادي كل يوم اذا جلس ان القاضي يقول من كان يطلب فلان بن فلان
المحبوس الفلاني بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر والا يرى القاضي ان يطلقه
ينادي كذلك اياما فان حضر خصم لاحد منهم جمع بينه وبينه وان لم يحضر تانى في ذلك
اياما على حسب ما يرى القاضي ولم يعجل باطلاقهم فان لم يحضر لرجل منهم خصم اخذ
منهم كفيلا بانفسهم واطلقهم بعد التاني قال ما ذكر في هاتين المسألتين قولهما فاما
على قول ابي حنيفة لا ياخذ كفيلا بناء على مسألتين احديهما ان القاضي اذا قسم التركة بين
الورثة هل يحتاط باخذ الكفيل من الورثة والثانية اذا قضى القاضي بالدين من التركة
هل يحتاط باخذ الكفيل من الغرماء عند ابي حنيفة لا وعندهما يحتاط فكذا هذا والصحيح

ان هذا قولهم جميعا والفرق لابي حنيفة ان في مسألة القسمة وقضا الدين الحق ظاهر لهذا
الوارث ولهذا الغريم وفي ثبوت الحق لاخر شك فلا يجوز تاخير هذا الحق الى وقت الكفالة
بامر موهوم وفي مسألة الكتاب الحق باستحق لانه حمل فعل القاضي المعزول على الصلاح
والسداد لكنه مجهول فلا يكون اخذ الكفالة لحق موهوم ٥ ثم الحبس لا يخلو اما ان كان بسبب
الدين او بسبب العقوبات الخالصة للعباد وهو القصاص في النفس او في الطرف او
بسبب العقوبات الخالصة لله تعالى وهو الزنا والسرقة وشرب الخمر او بسبب عقوبة
مترددة بين حق الله تعالى وحق العبد وهو حد القذف فان كان بسبب الدين بان
قال المحبوس اقررت بالف لفلان بن فلان الفلاني عند القاضي فحبسني له فالقاضي
يأمر باحضار خصمه فاذا حضر وعرفه القاضي انه فلان بن فلان الفلاني او شهد
شهود على نسبه فقال المحبوس هذا ماله احضرته فقل له ليقبضه ويخرجني من السجن
فالقاضي يامره باداء المال اليه وان لم يعرف القاضي خصمه اطلقه وكذلك اذا قال
المدعي امهلني مدة معلومة اطلقه وان لم يعرف القاضي امر المدعي انه فلان بن فلان الفلاني
فالقاضي يامره باداء المال اليه ويتانى في اطلاقه ثم ياخذ منه كفيلا بنفسه في الوجهين ويطلقه
لجواز انهما اهل الحيلة والخصم غيره فيحتاط القاضي باخذ الكفيل بنفسه ثم يطلقه ٥ وان
كان الحبس بسبب القصاص بان قال المحبوس انما حبست لاني اقررت بالقصاص لفلان يجمع القاضي
بينه وبين خصمه وادعاء خصمه ففي القصاص في النفس يمكنه القاضي من استيفائه
باقراره لانه لا تمكن فيه تهمة المواضعة وفي القصاص في الطرف يمكنه من الاستيفاء
باقراره لكن لا يعجل باطلاقه لانه يمكن فيه تهمة المواضعة فانه يجوز ان يكون لانسان اخر حق في
نفسه او في ماله وهو يبذل الطرف ليتخلص فيفوت حق ذلك الانسان في قتله ويتفلت
وهرب فيتانى في ذلك وينادي ثم ياخذ منه كفيلا بنفسه ويطلقه ٥ وان كان الحبس

بسبب الحدود الخالصة لله تعالى بان قال انى اخذت بالزنا عند القاضي المعزول اربع
مرات فحبسني ليقيم علي الحد فالقاضي لا يقيم عليه الحد لان الاقرار في مجلس القاضي المعزول
لا يكون حجة في حق القاضي المولى لكن هو يستقبل الامر فان اقر بالزنا اربع مرات في اربع
مجالس يقيم عليه الحد والا فلا ثم يتانى في ذلك وينادي عليه فان حضر له خصم جمع بينهما
والا اخذ منه كفيلا بنفسه واطلقه وان رجع عن الاقرار صح رجوعه كما لو رجع عنه
عند القاضي الاول فلا يقيم عليه الحد لكن لا يطلقه لتوهم الحيلة ولكنه ينادي ويتانى ويأخذ
منه كفيلا بنفسه ويطلقه ٥ وان قال المحبوس قامت علي بينة فحبسني القاضي ليقيم علي الحد
فالقاضي لا يقيم عليه الحد بتلك البينة لان الشهادة القائمة عند القاضي المعزول لا تعتبر
عند المولى لانه تقادم العهد والشهادة على الزنا عند التقادم لا تكون حجة ٥ وان قال
انما حبست لاني اقررت بالسرقة من فلان عند القاضي المعزول فقطع يده سواء تقادم
العهد او لم يتقادم لان الاقرار حجة في السرقة ثم لا يعجل بالاطلاق لتوهم الحيلة ٥ وان قال
قامت البينة علي بالسرقة عند القاضي المعزول فالقاضي لا يقطع بتلك البينة لما بينا ٥
فان قال انما حبست لاني قذفت هذا الرجل بالزنا وصدقه ذلك الرجل حده ولا يصح
الرجوع عنه ٥ واما الودائع التي اودعها القاضي المعزول عند رجل فقال عند فلان بن فلان
كذا من المال وهو لفلان بن فلان فالقاضي المولى يسال المودع عن هذا المال فان قال دفعه
الى القاضي المعزول وهو لفلان او قال دفعه الي ولا ادري لمن هو فالقاضي المولى
لا يقبل قول القاضي المعزول ويكون المال للمقر له لان المال انما وصل الى صاحب
اليد من جهة القاضي المعزول وكان المال في يد القاضي المعزول معنى وهو بالعزل
التحق بسائر الرعايا ومن في يده المال اذا اقر بذلك المال لانسان يقبل اقراره فكذا هذا
وهذا لمن في يده مال اقر ان هذا المال دفعه الى فلان بن فلان يقول هو ملك فلان بن فلان

بالزنا

صاحب اليد بالدفع الى فلان المقر له لان صاحب اليد اقر بان اليد للدافع معنى والدافع
يقر بالملك لانسان اخر فيصح اقراره ويؤمر بالتسليم اليه فكذا هذا ٥ وان انكر صاحب
اليد ما قاله القاضي المعزول كله فالقول قوله ٥ وان قال دفعه الى القاضي المعزول
وهو لفلان اخر سوى ما اقر به صاحب اليد بالدفع فقال دفعه الى القاضي المعزول وهو
لفلان اخر فالقول قول القاضي المعزول ويؤمر بالدفع الى من اقر له القاضي المعزول لانه
لما بدا بالدفع من القاضي فقد اقر باليد له فصار كان المال في يد القاضي ثم اقر به لفلان
لا يصح اقراره وان بدا بالاقرار بان قال هذا المال لفلان اخر ثم قال دفعه الى القاضي
المعزول يؤمر بالتسليم الى المقر له ويضمن مثله ان كان من ذوات الامثال لمن اقر له
القاضي المعزول لان اقراره الاول صح لان المال في يده فيجب عليه التسليم الى المقر له واذا
قال بعد ذلك دفعه الى القاضي والقاضي يقول هو لفلان اخر فقد اقر ان اليد كانت
للقاضي والقاضي يقر بالملك لرجل اخر فيصير هو بالاقرار لاخر مستهلكا ذلك المال
على الذي اقر له القاضي فيضمن ٥ وان قال القاضي على يد فلان عشرة الاف درهم اصابه
فلان اليتيم من تركة والده فلان وصدقه صاحب اليد فالقاضي المقلد يقبل قول القاضي
المعزول في ذلك لان المال في يده معنى بشرط ان لم يدع احد من الورثة هذا المال فهو لليتيم
المقر له وان ادعى الورثة انهم لم يستوفوا حقهم فالقول قولهم ويكون المال مشتركا بينهم
وبين اليتيم لان اليد للقاضي المعزول معنى وهو اقر ان هذا المال كان ملكا لليتيم
فصح اقراره بان المال كان ملكا لليتيم باعتبار يده ولم يصح اقراره على سائر الورثة
بما لا يستحقه فاذا لم يثبت الاستحقاق كان المال تركة الميت فيكون مقسوما بين ورثته
لكن القاضي يحتاط لامر الصبي فيستحلفهم انهم استوفوا حقوقهم لان الصبي عاجز عن
النظر لنفسه فالقاضي ينظر له الا ترى ان القاضي اذا قضى دين ميت فانه

حلف عرمه بالله ما استوفى دينه ولا ابرأه لان الميت عجز عن النظر لنفسه فنظر له القاضي وكذلك لو كان عقارا او عرضا ۝ فان كان ما لا يصك على رجل وكان القاضي اشهد في الصك انه لفلان اليتيم اصابه من تركة والده فلان فان سائر الورثة قد استوفوا حصصهم كان هذا المال لليتيم دون الورثة لان اشهاده انهم قد استوفوا حقوقهم من تركته والدين من المال حكم عليهم بذلك وما كان من حكم اجراه القاضي المعزول وله بذلك شهود يقبل منه قوله اذا شهد الشهود على حكمه فكذا هنا اذا شهد الشهود على ما في الصك وهو الشهادة يقبل قوله فاما مجرد الصك لا يقبل قوله ۝ ولو قال القاضي المعزول ضيعة كذا وقف على كذا ولم يقل وقفها فلان الميت وهي في يد فلان وصدقه صاحب اليد انفذه القاضي ولم يسال القاضي المعزول عن التفسير من وقفها لانه ان سال ربما فسر ويقول فلان الميت وقفها فيجحد الورثة فيتعذر على القاضي تنفيذ الحكم فالقاضي لا يشتغل بما لا يفيد ۝ وان ادعى الوصي في مال اليتيم والقيم في مال الوقف ان القاضي المعزول اجرها له مشاهرة كذا كذا في كل شهر ومسانهة كذا كذا في كل سنة فالقاضي المولى لا ينفذها وكذلك ان زعم القاضي المعزول انه فعل كذا لا يقبل قوله لان قوله في الحال ليس بحجة الا اذا قامت البينة على فعل القاضي المعزول ينفذه القاضي المولى لانه ثبت قول القاضي المعزول في حال قضائه وقوله في حال قضائه حجة ثم ينظر القاضي المولى في ذلك فان كان اجر مثل عمله او دونه ينفذ ذلك وان كان اكثر منه يعيد مقدار اجر المثل ويبطل الزيادة ويجب عليه ان يرده على اليتيم ان كان استوفى الاجر لانه لا يحل للاول ان يعطي اكثر من اجر المثل فيجب على الثاني ان يرد الزيادة على اليتيم لانه مأمور بالنظر له ۝ وان قال الوصي او القيم اني جمعت الغلات وبعتها وانفقتها في ضيعة كذا بامر القاضي المعزول وبقي في يدي هذا

القدر فالقاضي المولى لا يقبل قوله في حق ما في يده لانه امين فيه ولا يقبل في بيع الغلات وانفاقها بامر القاضي المعزول ويضمنه ذلك لليتيم والوقف لانه يدعي لنفسه سبب الولاية ومجرد الدعوى لا يثبت سبب الولاية الا اذا اقام البينة على اطلاق القاضي المعزول في حال قضائه بتجليد تنفذه وذكر الفقيه ابو جعفر ان كان الرجل معروفا بالصلاح لا يضمنه القاضي استحسانا لانه فعل ما يفعله القاضي ان لو رفع اليه نظيره الميت اذا كفنه انسان من تركته بدون اذن القاضي وكذا اذا اخذ واحد من اهل المحلة غلات اوقاف المسجد فانفق عليه قدر ما لا بد له منه فانه لا يضمن استحسانا وهذا كله في الثمار والغلات التي تحصل بدون عقده فاما ما تحصل بعقده كغلة الحوانيت والدور لا تجب عليه الضمان لانه لما لم يثبت اذن القاضي المعزول كان غاصبا والغاصب اذا اجر المغصوب واستوفى الاجرة كانت الاجرة مملوكة له فلا يتصور وجوب الضمان عليه سوا كان معروفا بالصلاح او لم يكن ۝ والقاضي لا يكلف الوصي والقيم على التفسير شيا فشيا ويكون القول قوله مع يمينه لان في الاجبار على التفسير اضرارا به فانه اذا افتى لا يقبل قوله بعد ذلك في الصرف وليس للقاضي ولاية الاضرار فلا يكون له ولاية الاجبار ولا ولاية التضمين والتغريم لانه وان كان متهما بالخيانة لكن مجرد التهمة لا يكون سببا للتضمين فاذا تعذر الجبر وتعذر التضمين يحلفه ويقع عنه

باب القاضي يقضي ثم يرى بعد ذلك خلافه هل ينقض ما قضى ام لا او يرى انه لا يجوز قضاؤه

ذكر الشعبي قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضاء ثم ينزل القران بعد الذي قضى بخلافه فلا يرد قضاه ويستانف وهذا يدل على ان القاضي اذا قضى بالاجتهاد في حادثة لا نص فيها ثم تحول رايه فانه يقضي في المستقبل بما هو احسن عنده ولا ينقض ما مضى من قضائه لان حدوث الاجتهاد والراي دون نزول القران والنبي عليه السلام

لم ينقض القضا الذي قضى بالراي بالقران الذي نزل بعده فهذا اولى بخلاف ما اذا قضى
باجتهاده في حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك القضا ورسول الله صلى
الله عليه وسلم قضى باجتهاده ونزل القران بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاه الاول
والفرق ان القاضي حال ما قضى باجتهاده فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده كان
موجودا منزلا الا انه خفي عليه وكان الاجتهاد في محل النص فلا يصح والنبي عليه السلام
حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل لا نص فيه فصح وصار ذلك شريعة
له فاذا نزل القران بخلافه صار ناسخا لتلك الشريعة ۞ واذا قضى القاضي في حادثة
اختلف الفقها فيها وله مذهب فيها لكن نسي مذهبه وقضى بمذهب بعض الفقها قال
ابو حنيفة ينفذ القضا وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا ينفذ القضا وصورته
رجل قال لامراته انت خلية او برية او بائنة والقاضي ممن يرى انه لا يقع ثلثا الا بالنية
فجعلها ثلثا وابانها منه ثم تبين له مذهبه فعنده يمضي ذلك خلافا لهما بنا على ان
القاضي اذا كان عالما بمذهب نفسه وقضى بمذهب بعض الفقها جاز عنده خلافا لهما
وهي معروفة ولو ان قاضيا قضى بين الناس زمانا ثم علم انه عبد او ذمي او محدود في
قذف او اعمى يرد قضاه لانهم ليسوا باهل للقضاء ولو علم انه فاسق او
مرتشي ذكر الخصاف انه يرد قضاؤه وهو اختيار الطحاوي وقال عامة مشايخنا
لا يرد قضاؤه بنا على ان القاضي اذا فسق او ارتشى لا ينعزل وينفذ قضاؤه خلافا
لهما لما بينا وقال الشيخ الامام اسمعيل الزاهد اني احفظ رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف
ان القاضي اذا فسق ينعزل والفقيه اذا كان فاسقا هل يجوز ان يستفتى منه اختلف
المشايخ فيه قيل لا باس به لانه يكره ان يخطئه الفقها فيفتي بما هو الصواب احترازا عن
تخطية الفقها له وروي عن ابي حنيفة انه كان يرى الحجر على ثلثة فساق الفقها وجاهل
الاطبا ومفاليس المكاري ۞ امراة استقضيت فقضت بقضايا جاز حكمها في
كل شي الا في الحدود والقصاص لانها ليست من اهل الشهادة في الحدود والقصاص
فلا تكون اهلا للقضا فيه

باب اخذ الرشوة والهدية في القضا

اصله قوله عليه السلام الراشي والمرتشي في النار ثم الرشوة على اربعة اوجه
في وجه حلال وفي ثلثة اوجه حرام اما الاول وهو ان يرشوه لرفع خوفه عن نفسه
او طمع ظالم في ماله فرشاه بعض ماله حل الاعطا ولا يحل الاخذ لان الكف
عن الظلم واجب ولا يجوز اخذ المال بمقابلته الا ان المعطي جعل المال وقاية لنفسه وحفظ
سائر امواله وهذا جائز موافق للشرع لان صيانة النفس والمال عن التلف واجب ۞
ولو سعى انسان بينهما ودفع اليه بعض ماله ليوصله الى الطالب لا باس بان يعطي ذلك
للاجر ۞ ذكر عن مجاهد قال اجعل مالك جنة دون دينك ولا تجعل دينك جنة
دون مالك وكان رسول الله صلى الله عليه يعطي المال من كان يخاف من لسانه وكان
يعطي الشعرا فهذا يدل على ان الانسان اذا بذل مالا لرجل يخاف من ظلمه او من لسانه
او لشاعر فلا باس به والثاني وهو ان يرشوه ليسوي امره بين السلطان لا يحل
الاخذ لان القيام بمعونة المسلمين واجب بدون ذلك وهو يأخذ المال
لاقامة ما هو واجب عليه اقامته بدونه والحيلة في حل اخذ الرشوة ان يقول الرجل
استاجرتك يوما الى الليل لعمل كذا ببدل معلوم فيستاجره فيكون صحيحا ثم المستاجر ان شا
استعمله في هذا العمل وان شا استعمله في عمل اخر وهل يحل للمعطي الاعطا بدون هذه
الحيلة قيل لا يحل لحديث بن مسعود ان علقمة ومسروقا سالا عن السحت قال الرشوة
قالا في الحكم قال ذلك الكفر زادنا اذا استحل ذلك يكفر وقيل يحل وهو الاصح كما
في الوجه الاول هذا اذا اعطاه قبل ان يسوي امره اما اذا اعطاه بعد ما سوى امره

وبجاه عن ظلمه حل للمعطي الاعطا لانه انعم عليه بالنجاه عن الظلم وقد قال عليه السلام
من زلت اليه نعمة فليشكرها من غير فصل وحل للاخذ الاخذ وهو الاصح لان
هذا بر وصله وفا سواهذه المسلة ما ذكر محمد في كتاب الصلوة ان الامام او
الموذن اذا جمع له القوم شيا فاعطوه من غير ان يشترط عليهم فما احسن هذا فقد
سمى ذلك حسنا وان كانوا لا يعطونه الا بسبب الامامه والاذان لكن مع هذا
جعل ذلك بمنزلة البر والصلة فكذا هذا ه والثالث لو رشاه ليسعى ليقلد القضا
من السلطان فانه يحرم الاخذ والاعطا لانه اخذ رشوه لياخذ من اموال الناس
والرابع لو رشى القاضي ليقضي له حرم الاخذ والاعطا سواكان القضا له
حقا او جورا اما الجور لانه سبب للقضا بالجور واما الحق فلانه اخذ المال لاقامة ما
هو واجب عليه لله وانه واذا كان الاخذ حراما يكون الاعطا حراما لانه
تمكين من القبض والتمكين من الحرام حرام خلاف ما اذا دفع الرشوه الى الظالم حل
له الدفع لانه يدفع الظلم عن نفسه وعن ماله وفي القاضي قصد المدعي بدفع
الرشوه ان يصير المدعى به ملكا وحقا له وهذا انما يحصل اذا نفذ القضا وقضا
القاضي فيما ارتشى باطل فلا يصير ملكا وحقا له وذكر الخصاف في ادب القاضي
ان قضا القاضي فيما ارتشى لا ينفذ وسجله يكون باطلا لانه لما رشاه المدعي فقد
استاجره والقضا حق فرض عليه والاستيجار على اقامة ما هو فرض لا يجوز كا
لاستيجار على الطاعات فاما قضاه في غير ما ارتشى والصحيح انه ينفذ لما مر
وان رشى الطالب ولد القاضي او كاتبه او احدا من اعوانه على ان يعرفه عند
القاضي ليقضي له وهو حق له فقضى القاضي وهو لا يعلم بذلك فالطالب اثم بما صنع
والقابض معاتب وهو حرام عليه والقضا نافذ لان القاضي لم يصر مستاجرا على

القضا لانه لم ياخذ الرشوه ه ولا ينبغي للقاضي ان يتخذ بوابا يمنع الناس من الدخول
عليه حتى ياخذ قطعه لان ذلك رشوه ياخذها بتمكين القاضي فيكون ذلك
بمنزلة رشوه اخذها القاضي لكن ينبغي ان يتخذ بوابا حسبة في ذلك والا يعطى
كفايته كما يعطى كفاية القاضي من مال بيت المال ه ولا يقبل القاضي الهديه
من الاجنبي اذا كان لا يهدى اليه قبل القضا لانه يحتمل ان اهدى لاجل
القضا حتى يميل اليه متى وقعت الخصومة واذا قبل الهديه ماذا يصنع به
قالوا يرد على المهدي ان امكنه الرد وان لم يمكنه الرد على صاحبه يضعه في مال
بيت المال هكذا ذكر محمد في السير الكبير لما روي ان ام كلثوم امراة
عمر بن الخطاب رضي الله عنه اهدت طيبا من طيب الحجاز لامراة كلب الروم فاهدت
اليها جواهر فدخل عليها عمر فراى ذلك في يدها فقال انى لك هذا فاخبرته
بذلك فقال عمر ضعها في بيت المال انما اهدت اليك لانك امراة امير المومنين
فجعلت تبكي اذ دخل عليها ابوها علي بن ابي طالب رضي الله عنهم فقال عمر ما يبكي
ويبكي ابوك فقصا عليه القصة فقال علي لها من الجواهر بقدر قيمة طيبها
والباقي يرد في بيت المال وان كان يهدى اليه قبل القضا فان كان له خصومة
لا ينبغي ان يقبل نص عليه الخصاف فان لم يكن له خصومة فان كانت هذه
الهديه مثل تلك الهديه او اقل فانه يقبلها لانه لا يكون اكلا بقضائه لان سابقة
المهاداه دلت على الاهدا للتودد والتحبب لا للقضا وان كان اكثر يرد
الزيادة لانه انما زاد لاجل القضا ليميل اليه متى وقعت له الخصومة ه ويقبل الهديه
من ذي الرحم المحرم ثم الهديه على ثلثة اوجه في وجه حلال للمهدي والقابض بان
اهدى لابتغا التودد والتحبب وقد قال عليه السلام تهادوا تحابوا وفي وجه

حلال من المهدى حرام على القابض بان خاف من غيره فيهدى اليه هديه ليكف
عنه ولا يظلم ولا يشترط انه انما يهدى لهذا ولكن يعلم انه انما يهدى لهذا لانه
جعل المال وقايه لنفسه فحل له والقابض اخذ لاقامة ما هو واجب عليه فحرم عليه
وفي وجه حرام عليهما بان يهدى الى غيره لكيلا يعينه على السلطان على حاجته هكذا
ذكره الخصاف وثنا وبله عذريا اذا كان ذلك المقصود مما لا يحل بحال من
الاحوال وان حل حل في جانب المهدى وحرم على القابض

باب رزق القاضي واعوانه

ولا باس للقاضي ان يرتزق من بيت المال
مقدار كفايته وكفايه اهله واعوانه ومن يمونهم حتى لا تشره نفسه الى اموال
الناس لما روى ان رسول الله عليه السلام لما بعث عتاب بن اسيد اميرا الى مكه
فرض له كل سنه اربعين اوقيه وروى ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما فرضا
لانفسهما من بيت المال ما يغنيهما ولانه محبوس لحق العامه فاذا كان عاجزا
عن التكسب فلو لم ياخذ كفايته لنفسه وعياله ومن يمونهم واعوانه لاحتاج
الى ان ياخذ من اموال الناس فياخذ الرشوه ولهذا قالوا يستحب للامام ان يقلد القضا
من له ثروة وغنيه لكيلا يطمع في اموال الناس وان استعف وتنزه كان افضل
له لان القضاة من السلف منهم من ارتزق فيهم شريح ومنهم من استعف وتنزه
فيهم مسروق وعثمن رضي الله عنه لم يرتزق من بيت المال لانه كان صاحب ثروه
ويسار وكان يحتسب وتكلموا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم من اي مال رزقه
ولم يكن يومئذ بيت المال فانما بيت المال والدواوين انما ظهرت في زمن عمر قيل
انما رزقه من الفي ما افا الله تعالى وقيل انما رزقه من المال الذي اخذ من نصارى
نجران ومن الجزيه التي اخذها من مجوس هجر ويهود وهو لم القاضي هل

يستحق الكفايه يوم البطالة قال مشايخ بلخ لا يستحق ويحط من الرزق بقدره وقال
مشايخ ما وراء النهر بانه يستحق وهو الاصح لان القاضي يستريح في هذا اليوم لا بد
له من يوم يستريح فيه حتى لا يمل وينظر في اموره فيكون اقوى على فصل الخصومات
في اليوم الذي يجلس للفصل فكانت منفعة هذا اليوم راجعه الى الخصوم فيستحق
الكفايه الا ترى انه يستحق ما يحتاج اليه في الليل وان كان لا يفصل الخصومة
بالليل لما قلنا ونظيره ما ذكر محمد في الوصايا لو اوصى برقبة نخله لانسان
وبثمرتها لاخر وكانت النخل تثمر سنه ولا تثمر سنه اخرى فان نفقه النخيل
في السنتين جميعا على الموصى له بالثمره لانه متى حالت السنة اكثر الثمار في
السنة الاخرى فيكون منفعة ذلك عايده الى الموصى له بالثمره فكانت المونة
عليه فكذا هذا وينبغي للقاضي ان يتخذ قاسما مسلما عدلا ان رزقه من بيت المال
ان لم يفعل ذلك قسم له ان يساحره لانه اعانة للمسلمين ولا يكره الناس
على قسامه لان قسامه تحكم على الناس وتطلب اجرا كثيرا فيتضرر به الناس وان
اتخذ قاسمين وصاعدا لم يشترك بينهما لانه متى افرد كل واحد ولم يشترك بينهما
لا يغالي كل واحد في الاجر بل يكتفي بالقليل خوفا من العزل

باب القاضي يرفع اليه قضيه قاض اخر مما ينفذها وما لا ينفذها

قضا القضاة التي ترفع الى القاضي على اربعة اوجه اما الاول كل قضا وقع
مخالفا للكتاب والسنه والاجماع فهو باطل لانه متى خالف هذه الادله
كان باطلا وضلالا مثاله لو قضى قاض بشهادة شاهد ويمين او
بالقتل بقسامة بان عين الولي رجلا انه قتله وحلف على ذلك والقضا بالمتعه
والقضا بالنكاح الموقت والقضا ببيع نصف عبد اعتق نصفه

والقضا بحل متروك التسمية ثم رفع الى قاض اخر لا يجوز له ان ينفذها بل يجب
عليه ان ينقضها لان القضا شاهد وبين يخالف للكتاب وهو قوله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم الاية فالله تعالى شرع الفصل بالقضا
بشهادة رجلين او رجل وامراتين لا بغير ذلك وهذا مما لا يعرف الا نصا او
سماعا فيكون القضا شاهد ويمين مخالفا للكتاب والحديث فيه شاذ لا
يجوز العمل به على مخالفة الكتاب ومخالفة الاجماع ايضا فانه لم يقض احد من
الصحابة بشاهد ويمين الا مروان بن الحكم وفعله لا يؤخذ ولا يعبا به فلا يكون
هذا مجتهدا فلم يعتبر خلاف الشافعي فيه والقتل بالقسامة مخالف لاجماع الصحابة
فان احدا من الصحابة لم يقض بالقود والقسامة فلا يكون خلاف مالك معتبرا
وكذا القضا بالمتعة مخالف للاجماع فان الصحابة اجمعت على فساده وصح
رجوع ابن عباس عنه وروي عن عائشة انها منسوخة نسختها اية الطلاق
والعمل بالمنسوخ حرام ٥ واذا قال تزوجتك الى شهر عندنا بطل النكاح
وعند زفر صح وبطل التاقيت فكان هذا موضع الاجتهاد واذا قضى
القاضي فيه نفذ قضاؤه والقضا ببيع نصف عبد قد اعتق نصفه مخالف
لاجماع الصحابة فان الصحابة اتفقوا على انه لا يجوز استدامة الرق فيه
لكن اختلفوا قال بعضهم يخرج الى العتق بالسعاية واليه ذهب ابو حنيفة وقال
بعضهم يعتق كله واليه ذهب صاحباه وكذا القضا بحل متروك التسمية
باطل لانه مخالف للكتاب ٥ والقضا ببيع ام الولد نافذ عند ابي حنيفة
وعندهما باطل بنا على ان الخلاف المتقدم بين اهل الاجتهاد في العصر
الاول هل يمنع انعقاد الاجماع في العصر الثاني بعده فعنده يمنع وعندهما
لا يمنع وجواز بيع ام الولد مختلف بين الصحابة فعند علي وجابر يجوز وعند عمر
وبعض الصحابة لا يجوز ثم اجمع التابعون في العصر الثاني على انه لا يجوز فعندهما
صارت المسئلة اجماعية فقد قضى في فصل مجمع عليه فلا ينفذ وعنده
بقي المسئلة اجتهادية ابدا فقد قضى في فصل مختلف فيه فيصح والاصل في كل
قضا وقع في محل مختلف فيه اختلافا معتبرا ينفذ قضاؤه بالاجماع حتى لو
رفع الى قاض اخر فقضى بابطاله يكون باطلا ولو رفع الى قاض ثالث ينفذ
القضا الاول ويبطل الثاني لان القضا الاول كان في موضع الاجتهاد والقضا
في المجتهدات نافذ بالاجماع وكان القضا من الثاني مخالفا للاجماع فيكون
باطلا كالقضا بجواز بيع الشرب بغير ارض وكالقضا بالطلاق فيمن حلف
لا ياكل لحما فاكل سمكا وكالقضا بشهادة الاب لابنه نافذ عند ابي يوسف
عند ابي يوسف لانه مختلف فيه لان مالكا يقول بجواز شهادة الاب لابنه
والا ان فيه متعارضة وعند محمد باطل لانه قضى في موضع فيه نص
بخلافه وكالقضا بالشفعة لصاحب الطريق دون صاحب الحائط او
قضى بينهما نصفين ينفذ وكالقضا بالقرعة في رقيق اعتق الميت
احدهم بغير عينه ينفذ وكالقضا بالحل وعدم حرمة المصاهرة
بالزنا او بالحرمة نفذ قضاؤه حتى لو وطئ ام امراته او ابنتها فخاصمته زوجته
في ذلك الى قاض لا يرى حرمة المصاهرة بالزنا فقضى بالمراة لزوجها ليس
لقاض اخر ان يبطل قضا الاول بل ينفذه نص عليه الخصاف وكذلك محمد في
المنتقى لان هذا فصل مختلف فيه لان الصحابة اختلفوا في حرمة المصاهرة
بالزنا والعلما والاحاديث فيها مختلفة ٥ ثم هل يحل للزوج المقام معها

ينظر ان كان الزوج جاهلا حل له المقام معها فان قضي بتحريمها نفذ قضاوه
فلا تحل له المقام معها لان المقضي له متى كان جاهلا يتبع راي القاضي وان كان
عالما ينظر ان قضى القاضي بتحريمها والمقضي له يري حلها نفذ القضا بالاجماع
حتى لا تحل له المقام معها لان الزوج مقضي عليه فيتبع في القضا عليه راي القاضي
وان قضى له بحلها والمقضي له يرى حرمتها ينفذ قضاوه حتى يحل له المقام معها
عندهما وعند ابي يوسف لا ينفذ حتى لا يحل له المقام معها ذكر هذا الخلاف في
النوادر وذكر في استحسان الاصل وفي السير الكبير اذا طلقها بلفظة الكناية
فرفع الي قاضي يري ان الكنايات رواجع فقضى له بالرجعة حل له ان يراجعها
وان كان رايه خلاف ذلك ولم يذكر خلافا ففي ظاهر الرواية ينفذ من غير خلاف
لابي يوسف ان القضا في حق المقضي له فتوى لانه لا الزام عليه لانه مخير فيه ان شا
راجع وان شا لم يراجع وبالفتوى لا يصير الحلال حراما والبائن رجعيا كما لو شهد
شاهدان علي رجل انه قتل ولي هذا عمدا وقضى له القاضي بالقود والولي يعرف
ان الشهود شهود زور لا يحل له ان يقتله فكذا هذا ولهما ان القضا الزام في حق
المقضي له من حيث الاعتقاد لانه الزمه اعتقاد ثبوت الحل والرجعة فيصير
مقضيا عليه في حق الاعتقاد ان لم يكن مقضيا عليه في حق الاستيفا ولهذا
لو كان جاهلا ينفذ فكذا اذا كان عالما لان القضا ملزم في حق الناس كافة بخلاف
الفتوى لانه ليس بملزم لا من حيث الاعتقاد ولا من حيث الاستيفا ولو قال
لامراته انت طالق البتة وهو ينوي واحدة ثم تزوجها على مهر جديد وشهود ثم
رافعته الي القاضي فجعلها ثلثا وفرق بينهما لا يسع للزوج ان يقربها ولا يسع
لها ان يدعه لان هذا القضا عليهما وقد حصل في محل الاجتهاد لان الفقها مختلفة

بين الفقها منهم من جعلها واحدة ومنهم من جعلها ثلثا فنفذ قضاوه وكذا لو
قال ان تزوجت فلانة فهي طالق ثلثا ثم تزوجها فخاصمه الي قاض لا يرى انعقاد
هذه اليمين فاجاز النكاح وابطل الطلاق ليس لقاض اخر ان يبطله بل ينفذه لان
القضا بفسخ اليمين قضا في محل الاجتهاد فنفذ بالاجماع ويروى عن ابي يوسف
لو قال كل امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة وهو ممن لا يرى الطلاق واقعا
فرفعته امراته الي قاضي لا يرى الطلاق واقعا فقضى بصحة النكاح ثم تحول الرجل
عن رايه وصار ممن يرى الطلاق واقعا ثم تزوج امراة اخرى فانه يمسك المراة
الاولى ويفارق الثانية لان القضا ببطلان الطلاق في المراة الاولى نفذ
لانه وافق رايه وكان في زعمه ان القاضي مصيب والقضا متى نفذ في محل
الاجتهاد لا ينقض وفي حق المراة الثانية ما قضى ببطلان الطلاق في حقها وكلمة
كل تعم النسا فيبنى الامر علي راي نفسه وكذلك القضا بالسلم في الحيوان وطلاق
المكره والقضا بقول القافة والقضا برد المنكوحة بالعيوب الخمسة ينفذ
سوا قضى بالجواز او بالرد لانه مجتهد فيه والثالث القضا في محل فيه
قول مهجور لا ينفذ لان قول المهجور ساقط الاعتبار في مقابلة قول الجمهور
وقوله يكون خلافا لا اختلافا فانه لما اجمع فقها الامصار علي شي وقول واحد
خالف قولهم يكون خلافا لا اختلافا ثم من قضى بقوله كان قضا في موضع الخلاف
والقضا ينفذ في موضع الاختلاف لا في موضع الخلاف لانه مخالف للاجماع فكان
باطلا مثاله اذا كان القود بين رجل وامراة فعفت المراة عن القود وابطل
ذلك قاضي وقضى بالقود للرجل وقال لا عفو للنسا فانه لا ينفذ ولقاض اخر
ان ينفذ العفو ويبطل القود لان بعض من قال بانه لا حق للنسا في القصاص فلا يصح

الثانية

عفو هن هذا قول مهجور مخالف لقول الجمهور ومخالف للكتاب قال الله تعالى
ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد اثبت لها الحق في ربع المتروك من غير فصل وكذلك
رجل طلق امرأته ثلثا او طلقها واحدة وهي حبلى او حايض او قبل الدخول بها فقضى
قاض بانه لا يقع شي او تقع واحدة فهو باطل لانه ان كان على قول اهل الزيغ اذا
اوقع الثلث او في حالة الحيض لا يقع اصلا وعلى قول الحسن البصري اذا اوقع
الثلث تقع واحدة لكن كلا القولين باطل لانه مخالف لكتاب الله تعالى وهو
قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد والمراد منه الطلقة الثالثة ۝ ولو كان
للمتقدمين قول في مسئلة من غير اجماع ثم قال واحد من المتاخرين فيها قولا اخر مخالفا
لقول الاول فقضى القاضي بقول المتاخر ينفذ لان الناس يتفاوتون في حدة الخاطر
وذكا الفهم فيصير المسئلة مختلفة ۝ ولو كان فيها اختلاف المتقدمين على
قولين فقضى القاضي بقول ثالث ينظر ان كان مخالفا القولين على ما زمانه لا ينفذ
قضاؤه بالاجماع وان كان موافقا له قيل ينفذ واليه مال الخصاف وقيل
لا ينفذ واليه مال المحققون من اصحابنا وهذه مبنية على مسئلة اصولية ان اهل
العصر اذا اجمعوا على شي وانقرضوا ثم خالفهم من بعدهم من العلما واتفقوا
على قول خلاف قول المتقدمين هل يصح منهم قيل يصح وقيل لا يصح وهو الصحيح
لان المتقدمين لما اختلفوا على قولين وتناظروا وان كل واحد منهما بالدلايل والحجج
فقد اجمعوا على انه ليس هاهنا قول ثالث فصار كانهم اجمعوا على قول واحد ولو
اجمعوا على قول واحد ثم اجمع من بعدهم على خلاف ذلك كانت المسئلة مختلفة
فكذا هذا الخلاف ما لو نقل عن المتقدمين قول واحد من غير اجماع لانهم ما
تناظروا وما اجمعوا على العدم قول اخر فاذا ظهر قول الخلاف قولهم صارت

المسئلة مختلفة والرابع اذا كان نفس القضا مختلفا فيه بان قضى القاضي
لحق على الغايب او للغايب هل ينفذ فيه روايتان عن اصحابنا رحمهم الله في
رواية لا ينفذ وهكذا ذكر الخصاف وهو الصحيح لان محل القضا فصل مجتهد
فيه ومتى كان نفس القضا مختلفا فيه لا يصير محل الخلاف موجودا فاذا قضى
الان وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلابد من قضا اخر يرجح احدهما على الاخر
حتى لو قضى قاض على الغايب ثم قضى قاض اخر بنفاذ قضا الاول ينفذ وذكر
في المفقود ما يدل على انه ينفذ فانه قال لو جعل القاضي خصما في كل حق للمفقود
بحرص حتى لو انفذ الخصومة وقضى للمفقود جاز لانه قضى في فصل مجتهد
فيه لان القضا للغايب وعلى الغايب مختلف فيه ۝ الفاسق اذا قضى ورفع الى
قاض اخر فابطله ليس لقاض ثالث ان ينفذه ۝ والمحدود في القذف اذا
قضى بعد التوبة ثم رفع الى قاض اخر فنفذه ثم رفع الى الثالث لم يكن له ان ينقضه
لان نفس قضا الفاسق وقضا المحدود في القذف مختلف فيه عندنا قضا
الفاسق ينفذ وقضا المحدود في القذف بعد التوبة لا ينفذ وعند الشافعي
على العكس فكان القضا منهما مجتهدا فيه لا ان يكون القضا منهما في محل
الاجتهاد فكان القضا الثاني واقعا في محل الاجتهاد فينفذ باب

ما يحله قضا القاضي وما لا يحله قضا القاضي بالعقود والفسوخ
بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا وعندهما والشافعي لا ينفذ وصورته
شهد شاهدان بزور بنكاح امراة اجنبية لرجل فقضى القاضي بالنكاح
بينهما ينفذ عنده حتى حل للزوج وطيها حلالا قالوا لهم حجتهم ان القاضي مامور
بالقضا بالحجة والحجة هي البينة العادلة الصادقة والصدق وجد ظاهرا

لا باطنا فكانت الحجة موجودة ظاهرا لا باطنا فنفذ القضاء ظاهرا لا
باطنا كما في الاملاك المرسلة ولان القاضي مامور بقطع المنازعة
والمشاجرة وفصل الخصومة والمبارزة ولا يمكنه قطع المنازعة الا بتقدير
النكاح بينهما مقتضى القضاء سابقا عليه حتى ان الزوج اذا طلب منها التمكين للاستمتاع
يجوز عليهما التمكين ولا يمتنع باعتبار الحرمة باطنا فوجب ان يثبت النكاح والحل
بينهما قطعا للمنازعة تصحيحا للقضاء كما في قوله اعتق عبدك عني على الف
ينعقد البيع تصحيحا لطلب الاعتاق فكذا هذا وقضاء القاضي بشهادة الزور
في الاملاك المرسلة لا ينفذ باطنا بالاجماع حتى لا يحل للمقضي له وطيها ان
كانت جارية ولا لبسه ان كان ثوبا ولا اكله ان كان طعاما ويحل للمقضي عليه
ذلك سرا لانه لا يمكن القضاء بالملك الا بسبب ولا يعتبر بعض الاسباب
باولى من البعض فتعذر القضاء بالملك له وفي العقود والفسوخ السبب
متعين فامكن اثباته مقتضى القضاء سابقا عليه تصحيحا للقضاء ولو شهد
شاهدان على رجل انه طلق امراته باينا بزور فقضى القاضي بالفرقة بينهما
ثم تزوجها احد الشاهدين بعد انقضاء العدة جاز عنده وحل للزوج الثاني
وطيها سواء كان جاهلا بحقيقة الحال او عالما وعندهما ان كان جاهلا
حل له وطيها لانه يتبع الظاهر ولا يكلف بما في الباطن كما لو اشترى امة
من رجل ثم ظهر ان البائع لم يكن مالكا لها لا يوصف وطيها بكونه حراما
وان كان عالما بان كان الزوج احد الشاهدين لا يحل فاما الزوج الاول لا
يحل له وطيها ظاهرا حتى لو وطيها يكون زانيا عند القاضي ويقام عليه الحد
ويحل في الباطن عند محمد وعند ابي يوسف لا يحل لان الفرقة واقعة عند ابي حنيفة

قضاء وقوله شبهة فيحرم الوطي احتياطا ولو دخل بها الثاني وفارقها
وانقضت عدتها فلا باس بان يتزوجها الاول بالاجماع اما عنده فلان القضاء
بالفرقة بالثلث نفذ وقد وجد المحلل وهو الدخول في نكاح صحيح واما عندهما
فلان نكاح الاول قائم فكان تزوج الاول مرة اخرى امساكا لها بحكم النكاح
القديم لكنهما يجددان النكاح حتى لا يتهمهما الناس والشهادة في عتق الامة
نظير الشهادة في الطلاق فيما وصفت وقضاء القاضي بالنكاح بشهادة
الزور في معتدة الغير او منكوحته لا ينفذ لانه تعذر تقديم النكاح عليه
وقضاء القاضي ببيع الامة بالف بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا عنده
حتى حل للمشتري غشيانها خلافا لهما ولو كان هو المدعي للبيع والمشتري
ينكر وقامت بينة الزور على ذلك فعند ابي حنيفة هذا والاول سواء
وعندهما ان رضي المشتري بذلك حل وان لم يرض فلا يحل لان البيع العقد
من جانب المدعي برضاه فنفذ شطر العقد وصار كان القاضي قبل العقد
من جانب الاخر بغير رضاه فتوقف على رضاه فان رضي نفذ والا
فلا فلو انه عازم على الخصومة ونقض البيع ان قدر ثم وطي الجارية او
لبس الثوب او اكل الطعام كان ذلك رضا بالبيع ولا يسعه الخصومة
في نقضه لان البيع قد نفذ برضاه وقضاء القاضي بشهادة الزور
في النسب والهبة فعن ابي حنيفة فيه روايتان في رواية عن ابي حنيفة انه
ينفذ حتى يحل له اكل الميراث والموهوب كما في المشتري والنكاح في النسب
معين بدعوى المدعي فامكن القضاء بالملك بالنسب وفي رواية الخصاف عنه انه
لا ينفذ كما في الاملاك المرسلة والرواية الاولى اجلى لمن لا وارث له ان يدعي

شخصا هو مجهول النسب انه ابنه او ابنته واقام على ذلك شاهدي زور يقضي
القاضي بالنسب له

باب القاضي يقضي فيعزل

فطلب شيء مما اخذ جعله ولا يقبل قول القاضي المعزول حتى يأتي ببينة لانه حكى امرا
لا يملك استينافه للحال ولو ادعى رجل على القاضي المعزول انه قتل ابنه فلانا
ظلما او اخذ مني بغير حق ودفعه الى هذا وقال المعزول انما قضيت به ببينة
او باقرار الخصم فالقول له بلا يمين ولا ضمان عليه لانهما اتفقا انه فعل وهو
قاضي فصار الثابت بالموافقة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا انه فعل وهو
قاض كان القول قوله بلا يمين لان القاضي امين ومن ضرورة كونه امينا ان يكون
قوله مقبولا ولا يكون ضمينا ۞ وهل ينتزع المال من يد المقضي له ان صدق
القاضي المعزول فيما يقول ينتزع من يده ويرفع الى المقضي عليه حتى يقيم المقضي
له البينة على ان المعزول حكم له بذلك لانهم تصادقوا ان المال وصل اليه
بدء من يد المقضي عليه وان البدء كانت له لا المقضي له ادعى التملك منه وهو
ينكر وقول المعزول في الحال يقبل في حق دفع الضمان عن نفسه لا في الزام الحكم
على الغير ۞ وان كذب القاضي المعزول وقال المال مالي لم اخذ من هذا ولا حكم لي به
المعزول فالقول قوله لان المال في يده واليد دليل الملك ۞ ولو اخطأ القاضي
في حكم فان ظهر خطاؤه في حقوق الله تعالى كالحدود بان ظهر ان الشهود
عبيد او كفار او محدودون في قذف فضمان ذلك على بيت المال لان القاضي عامل
لجماعة المسلمين وان منفعة استيفاء الحدود عائدة الى المسلمين فكان ضمان
خطائه في مال المسلمين ۞ وان ظهر خطاؤه في حقوق العباد فان كان خطا يمكن
رده بان قضى بملك او طلاق او عتاق فانه ياخذ من المقضي له ويرد على المقضي

عليه لانه قضى مع فقد الحجة اصلا فكان قضاؤه باطلا بالاتفاق ما اذا قضى
بشهادة الكاذبة باطنا لانه مكلف بالقضاء بالبينة الصادقة ظاهرا
لا باطنا لانه لا وقوف للعباد على البواطن ۞ وان كان خطا لا يمكن رده
كالقضاء بالقصاص واستوفي القصاص تجب الدية على المقضي له في ماله لان القاضي
عامل له لان غنم القضاء له فيكون غرمه عليه هذا كله اذا اخطأ القاضي وان تعمد
واقر انه تعمد ذلك كان الضمان عليه لان جناية القاضي تكون سببا لوجوب الضمان
عليه ويصير به فاسقا منعزلا وكذلك اذا اقر انه قضى على هذا الرجل بقضية
جورا او قد يرشوه في حكم بغرم ويصير فاسقا ولا ينقض تلك القضية لانه لا
يصدق على ذلك الا اذا صدقه المقضي له

باب من يجوز قضاؤه ومن لا يجوز

ويجوز للقاضي ان يقضي للمقلد او يقضي عليه
الا ترى ان عليا قلد شريحا وخاصم عنده ولان القاضي المقلد نايب عن المسلمين
وليس بنايب عن المقلد ولهذا لا ينعزل بموت المقلد لان ولاية التقليد والعزل
بانابة المسلمين فيه لا بنفسه وكذلك لو قضى لولد المقلد او لوالده او لزوجته
ولا يجوز قضاؤه لنفسه ولمن لا تقبل شهادته لان مبنى القضاء على الشهادة
ولا يصلح شاهدا لها ولا فلا يصلح قاضيا لهم لمكان التهمة ويجوز ان يقضي
عليهم لانه لو شهد عليهم جاز فكذلك القضاء ۞ ويجوز ان يقضي لمن تقبل شهادته
له كالاخ والعم واولادهما وكذلك لو قضى لاب امراته وامها وان كانا قد
ماتا لم يجز قضاؤه لها اذا كانت امراته ترث من ذلك شيئا لانه لو شهد لها في
هذه الصورة لم يجز فكذا اذا قضى لها ۞ ولو قضى لامراة ابنه او لزوج ابنته
والمقضي له حي جاز وان كان ميتا لم يجز اذا كان الابن او البنت ممن يرث منه

لما قلنا باب موت الخليفة والقاضي ولو مات
الخليفة او عزل وولي غيره بان اجمع الناس على خلعه والاستبدال به وله
قضاة وولاة لا ينعزلون بموته لانهم يعملون للمسلمين نصبوا لمصالحهم وكانوا
نوابا عنهم والخليفة والوالي نايب عن المسلمين في تقليدها ولا والمسلمون
على حالهم فبقي نوابهم على حالهم وكذلك لو مات والي المدينة وله عمال لا
ينعزلون لانهم نصبوا لمصالح اهل المدينة فكانوا نوابا عنهم ه ولو عزل الخليفة
قاضيا من قضاته لا ينعزل حتى يصل اليه كتاب عزله او يقدم قاض مكانه
لان الخطاب من الشرع بالاوامر والنواهي انما يثبت حكمه في حق المخاطب
اذا بلغه فكذلك الخطاب من العبد فما لم يبلغه لا ينعزل والبلوغ بالعلم وصار
كما اذا عزل وكيلا او حجر على عبده الماذون لا ينعزل الوكيل والعبد قبل العلم الا
ترى ان والي الصلاة اذا عزل فلم يقدم وال الصلاة مكانه فانه يجمع بالناس الى ان
يقدم الوالي عليه فان علم القاضي بعزله قبل ان يقدم عليه والي اخر اختلف
المتاخرون فيه قيل لا ينعزل الا ترى ان الخطيب لا ينعزل وان علم بالعزل
ما لم يقدم عليه خطيب اخر كذا هذا ونص الخصاف في ادب القاضي انه
ينعزل القاضي متى علم به وان لم يقدم عليه قاض اخر خلاف الخطيب في الجمعة
والفرق ان الجمعة موقتة فلو لم يجمع الناس بعد العلم يفوتهم الجمعة وفي حق
القاضي ليس بموقت يفوت بفوات الوقت فاذا علم بعزله بكتاب او
خبر ينعزل

باب استخلاف القاضي ونوابه

ولا يستخلف القاضي اذا مرض او سافر الا باذن الخليفة لان الخليفة انما فوض
التصرف اليه برأيه لا برأي غيره فلا يملك ان يستخلف غيره الا باذن الخليفة

كالوكيل بالبيع لا يملك ان يوكل غيره الا باذن موكله وكذلك الخليفة اذا امر
القاضي ان يستخلف رجلا للحكم فامر رجلا للحكم بين الناس جاز ه فان قضى خليفته
ولم يكن امره الامام بذلك لم يجز فان اجاز القاضي قضاه نفذ قضاؤه وعند زفر
لا يجوز وهذا بناء على ان الوكيل اذا وكل غيره بالتصرف ولم يكن ماذونا فيه فتصرف
الوكيل الثاني فاجاز الاول جاز عندنا خلافا له لانه لما اجازه فقد حضر
هذا التصرف رأي الاول فصار كان الاول تصرف بنفسه ه ولو استخلف
عبدا او ذميا او صبيا او مجنونا فقضى الخليفة فاجازه القاضي لا يجوز لانه
لو اجاز شهادتها لا يجوز فالقضاء اولى لانه مبني على الشهادة ه ولو ان امرأة
استقضيت فحكمت باشيا جاز حكمها الا في الحدود والقصاص اعتبارا للقضاء
بالشهادة ولو امر الخليفة بان يستخلف رجلا يسمع من الخصوم ويسمع عليه
البينة ويكتب الاقرار ولا يقطع حكما فامر القاضي رجلا يقوم بذلك لا يجاوز
ذلك لان الخليفة لو امر القاضي ان يسمع الدعوى والبينة ويكتب الاقرار ولا يحكم
بل يرفع الامر الى الخليفة حتى يقضي به الخليفة كان صحيحا فكذلك في حق الخليفة
واذا رفع الى القاضي لا يقضي بتلك البينة حتى يعيدوا الشهادة بحضرة المدعي و
المدعى عليه هكذا نص عليه الخصاف فاذا صحت الشهادة عنده قضى بتلك
الشهادة وهذا نص عقل الناس عنه فان باب القاضي يسمع البينة ويكتب
الاقرار ويبعث الى القاضي والقاضي يقضي بذلك ولا ينبغي له ان يقضي بتلك البينة
بل عليه ان يكلفه اعادة البينة بين يديه لان من سمع البينة وهو الخليفة لا يستفيد
ولانه الحكم بتلك البينة فمن لم يسمع كيف يستفيد وكذلك الاقرار بحضرة المقر
والمقر له حتى يقر عنده بالحق فيحكم به ه فان كان الشهود شهدوا عند خليفته

بالحق المدعى ثم ماتوا او غابوا فاعلمه خليفته انهم شهدوا عنده على كذا وكذا
لم يقبل ذلك ولم يحكم به وكذلك لو اقر المدعى قبله بشيء عند خليفته ثم جحد فاخبره
خليفته انه اقر لهذا بكذا وكذا لم يقبل القاضي ذلك لان من سمع البينة والاقرار
لم يستفد ولاية الحكم بذلك فمن لم يسمع كان اولى الا ان يشهد مع خليفته غيره
على اقراره فيقبل ذلك على طريق الشهادة

باب الخوارج واهل البغي يولون قاضيا

غلب البغاة على مدينة فاستعملوا عليها قاضيا
يقضي باشياء سطر ان ولوا قاضيا من اهل البغي والخوارج لا ينفذ شيء من قضاياه لان
ما يفعله قاضي الخوارج واهل البغي لا يفعله على وجه الحكم وانما يفعله على وجه
الاستحلال فانهم يستحلون دماءنا واموالنا فلم يكن ذلك على وجه الحكم وان
كان موافقا للشريعة وكذلك لو كتب هذا القاضي الى قاضي اهل العدل في
حق لرجل على رجل فانه لا يقضي به لانه لو قضى بنفسه لا ينفذ فاولى ان لا يقضي
بكتابه د وان ولوا قاضيا من اهل العدل ينفذ قضاؤه حتى لو ظهر عليهم اهل
العدل ورفع الى قاضي اهل العدل ينفذه لان ما يفعله يفعله على وجه الحكم الا
انه انما يقوى على تنفيذ الحكم بالخوارج وحكم القاضي ينفذ وان كان تقويه اهل
الظلم والجور فقد جوز قضاء الموالي وان كان لا يجوز قضاؤه وتوليته ولا يمتنع
مثله كالاب اذا ضرب ابنه فمات ضمن والمعلم اذا ضرب ابنه باذنه لا يضمن
والاب لو اقر على ابنه بمال الرجل لا يجوز ولو اذن لابنه الصغير في التجارة فاقر لانسان
بدين عليه جاز

النوادر

وذكر هشام في نوادره قال محمد ولو ولي قاضيا مشركا
على المسلمين ثم اسلم ذلك القاضي فهو على قضائه ولا يحتاج الى توليه ثانيه
لان الكافر يصلح قاضيا فيما بينهم فصحت التوليه الا انه توقفت في حق المسلمين

على اسلامه فاذا اسلم نفذت التوليه في حق المسلمين وقال محمد رحمه الله قاضي
ارتد عن الاسلام او والي ارتد او عمي او فسق ثم رجع الى الاسلام او ابصر
او صلح فهو على قضائه على حاله لان تقلد القضاء قد صح فهذا العارض على
شرف الزوال فلا يبطل تقلده لذلك

باب الحكمين يحكمان بينهما

يحتاج الى معرفة جواز التحكيم وتفسيره وحكمه ومن يصلح حكما ومن لا يصلح
حكما وما يصح التحكيم فيه وما لا يصح وما يبطل التحكيم وما لا يبطله وما يصح
حكم المحكم فيه وما لا يصح   اما جواز التحكيم فثابت بالكتاب والسنة واجماع
الامة اما الكتاب قوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها اراد به
ان يحكم الزوجان حكمين لاختيار المقام او الفرقة فلما جاز التحكيم في حق الزوجين
دل ذلك على جواز التحكيم في سائر الخصومات والدعاوى واما السنة ما روي
ان النبي عليه السلام نزل على حكم سعد بن معاذ في بني قريظة حتى سبى ذراريهم
وقتل مقاتليهم وعليه اجماع الصحابة فانه روي انه لما وقع بين عمر وابي بن كعب رضي الله عنهما
خصومة اتيا زيد بن ثابت رضي الله عنه وحكماه فقال زيد لعمر هلا ارسلت
الي رسولا حتى اتيك فقال عمر في بيته يؤتى الحكم ثم اراد زيد ان يضع وسادة
لعمر فقال عمر هذا اول جور منك ثم طالب الخصومة فيما بينهما الى ان توجه اليمين على
عمر فقال زيد لابي بن كعب لا تحلف امير المؤمنين فقال يجب علي اليمين ولا احلف
احلف واخذ حقي ولانا متى لم نجوز التحكيم ضاق الامر على الناس لانه يشق على الناس
الحضور مجلس الحكم والجثو بين يدي القاضي للخصومة فجوز التحكيم للحاجة فاما
تفسيره فنصب غيره حكما ليكون الحكم فيما بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس
وفي حق غيرهما بمنزلة المصالح ويكون حكمه بمنزلة الصلح لانه انما صار حكما بتراضيهما

الخصمين وتراضيهما يعمل في حقهما ولا يعمل في حق غيرهما لان لهما ولاية على انفسهما
لا على غيرهما فينفذ حكمه عليهما لا على غيرهما حتى لو طعن المشتري بعيب
فحكم هو والبايع رجلا ورده على البايع لم يكن له ان يرده على البايع الاول لانه ليس حكم (الاول)
في حق البايع الاول ويكون حكمه صلحا في حق الاول والرد بالعيب بغير قضا
بعد القبض بمنزلة بيع جديد في حق الثالث وذلك يمنع الرد على البايع الاول الا اذا
اصطلحوا جميعا على حكمه يرده عليه استحسانا ووجه القياس انه لا خصومة
للبايع الثاني مع بايعه للحال وانما الخصومة في الحال بينه وبين المشتري الثاني فصار (الاول)
رضا البايع الاول بحكم الحكم وجوده وعدمه سوا ولو عدم الرضا لم يرد عليه
فكذا هذا ووجه الاستحسان ان البايع الاول بعرض وبصدد ان يصير خصما
بسبب هذا العيب في المال فانه متى رد على الثاني بقضا الحال كان له ان يرده
ويخاصم الاول فاذا كان الاول بعرض ان يصير خصما في المال لم يكن بمعزل
عن هذه الخصومة في الحال فصح حكمه للحال لقطع الخصومة وفصلها عنه
في الحال وصار الحكم في حقه بمنزلة القاضي وصار كانه رد على البايع الثاني
بقضاء . والوكيل ببيع العبد اذا ظفر المشتري بعيب فاصطلحا على حكم
فرده بعيب لا يحدث مثله جاز على الامر في رواية وفي رواية جاز عليه
دون الامر . وان كان عيبا يحدث مثله يلزم البايع الا اذا حكما برضا الامر
لانه بمنزلة الاقالة . واما حكم المحكم فانه لا يلزم قبل الحكم ويلزم بعده حتى ان
لكل واحد ان يعزله قبل امضا الحكم لا بعده لانه صار قاضيا من جهتهما فكان
المحكم في حقهما بمنزلة القاضي المولى في حق السلطان والسلطان لو عزل القاضي
المولى قبل الحكم صح وبعد القضا لا يظهر العزل في حق ما امضاه فكذا هذا .

ثم انما ينفرد احدهما بالعزل وان كان التحكيم ثبت باتفاقهما لانه لو لم يرض
احدهما بهذا التحكيم في الابتدا لا يصح التحكيم فكذا اذا لم يرض في الانتها لانتهى التحكيم
لانه ليس في العزل اثبات الولاية على الغير انما فيه ابطال ما ثبت للمحكم من الولاية
عليه بتحكيمه وتفويضه وابطال ما ثبت له من الولاية بتفويضه قبل القضا
جايز كما في المضاربة والشركة . فان حكم الحكم بشي ثم رفع الى القاضي اخر
فان كان موافقا لرايه انفذه وان كان مخالفا لرايه ابطله وان كان مما
يختلف فيه الفقها خلافا لابن ابي ليلى وفرق بين هذا وبينما اذا رفعت الى قاض
قضيه قاض اخر فانه ينفذه وان كان مخالفا لرايه اذا كان في فصل مجتهد
فيه والفرق ان المحكم له ولاية على المحكمين لا على غيرهما والقاضي الذي رفع
اليه حكمهما غيرهما فلا يكون حجة عليه فكان بمنزلة الصلح في حقه
وكان له ان يرده اذا كان مخالفا لرايه فاما القاضي له ولاية على الناس كافة
وكان قضاوه حجة على الكافة فلا يكون للقاضي المرفوع اليه ان يرده اذا
صادف القضا فصلا مجتهدا فيه . ولو حكما رجلا فاجاز القاضي حكومته
قبل ان يحكم ثم حكم بخلاف راي القاضي لم يجز لان القاضي اجاز المعدوم واجازة
المعدوم باطلة . واما من يصلح حكما ومن لا يصلح فكل من يصلح للشهادة
في امر جاز ان يكون حكما فيه وما لا فلا والمراة تصلح حكما والصبي والعبد
والمحدود في القذف والاعمى لا يصلح حكما لان الحكم في حق المحكمين بمنزلة
القاضي فكل من صلح شاهدا صلح قاضيا والا فلا ثم انما يعتبر كونه اهلا
للشهادة في حالين حالة التحكيم ووقت الحكم حتى اذا لم يكن من اهل الشهادة وقت

المحكم ثم صار من اهل الشهادة وقت الحكم لا يصير حكما ما ان حكما عبدا او
ذميا او مرتدا او صبيا ثم اسلم او اعتق او بلغ ثم حكم لم يجز وكذلك ان كان
شاهدا وقت التحكيم ولم يكن شاهدا وقت الحكم لا يبقى حكما لان الحكم في حقهما
بمنزلة القاضي المولى والقاضي يعتبر لصحة قضائه كونه من اهل الشهادة
في الحالين فكذا هذا فرق بين هذا وبين ما اذا تحمل العبد شهادة ثم عتق وادى
تقبل شهادته لان التحمل نوع العلم وحصوله له والعبد في حق وقوع العلم له
بالسماع او بالمعاينة والحر سوا واذا صح التحمل امكنه الاداء فاما التحكيم
لا يصح حالة الرق لانه امر بالقضاء والامر لطلب المامور به والمامور به
وهو القضاء من العبد غير متصور للحال فلا يصح الامر ولا يصح التحكيم
معلقا بالخطر ولا مضافا الى المستقبل بان قال العبد او ذمي ان عتقت
او اسلمت فاحكم بيننا او قالا لاخر اذا اهل الهلال فاحكم لا يصح عند
ابي يوسف وعند محمد يصح لـه ان التحكيم ليس الا تولية وتفويض فيصح
معلقا بالخطر ومضافا الى وقت كما في التوكيل والقضاء والامارة ولابي يوسف
ان التحكيم تولية صورة صلح معنى لانه لا يثبت الا بتراضي الخصمين والما
يصار اليه لقطع الخصومة والمنازعة المحققة بينهما وليس حد الصلح
الا هذا والصلح لا يصح معلقا ولا مضافا والتولية تصح فلا يصح بالشك
والاحتمال بخلاف القضاء والامارة بان قال الخليفة لرجل اذا قدمت مكة الحج
فانت والي قضائها بعد ذلك جاز لانه تولية وتفويض حقيقة ولو اصطلحا
على ان يحكم بينهما اول من يدخل المسجد لا يجوز لان المصالح عليه وهو الحكم

مجهول وجهالة المصالح عليه تمنع جواز الصلح وكذلك الوكيل مجهول وجهالة الوكيل
تمنع جواز الوكالة فانه لو قال اول من يدخل المسجد فقد وكلته ببيعه لا يجوز
لانه اوجب الحق للمجهول ان اصطلحا على حكم رجل ولم يعلماه فحكم بينهما جاز
لانهما اعلماه لما تقدما اليه للحكومة فصار حكما ولو حكما رجلا فلم
يقبل لا يجوز حكمه لا بتجديد التحكيم لان التحكيم تولية وتفويض حقيقة صلح معنى
واي ذلك اعتبر اذا ابي فانه يبطل بالرد ولو حكماه على ان يستفتي فلانا ثم
يقضي بينهما بما قال فلان جاز لان تقليد القضاء بشرط ان يستفتي فلانا والقضي به جائز
فكذا التحكيم ولو حكماه على ان يحكم في يومه او مجلسه يتوقت به لان توقيت
القضاء بالوقت جائز فكذا التحكيم لان في التاقيت فايدة لان الراي يتغير بتغير الوقت
واما ما يصح فيه التحكيم وما لا يصح فيصح التحكيم فيما يملكان فعل ذلك بانفسهما
وهو حقوق العباد ولا يصح فيما لا يملكانه بانفسهما وهو حقوق الله تعالى
حتى يجوز التحكيم في الاموال والطلاق والعتاق والنكاح والقصاص وتضمين
السرقة ولا يجوز في حد الزنا والسرقة والقذف لان التحكيم تفويض والتفويض
يصح بما يملك المفوض بنفسه ولا يصح فيما لا يملكه كالتوكيل وذكر الخصاف
ولا يجوز حكم المحكم في حد او قصاص لان حكم المحكم بمنزلة الصلح فكل ما يجوز استحقاقه
بالصلح يجوز التحكيم فيه وما لا فلا وحد القذف والقصاص لا يجوز استيفاؤهما
بالصلح وبعقد ما فلا يجوز التحكيم فيهما وذكر في المبسوط انه يجوز التحكيم في
القصاص لان التحكيم تفويض وتولية في حقهما ان كان صلحا في حق غيرهما
ومما يملكان استيفا القصاص فيصح تفويضه الى غيرهما وينفذ حكم المحكم في
ساير المجتهدات نحو الكنايات والطلاق والعتاق وهو الصحيح لكن مشايخنا

امتنعوا عن هذا الفتوى لكيلا يتجاسر العوام عليه ۞ ولا يجوز حكمه في دم الخطاء
لان العاقلة لم يرضوا به وحكم المحكم انما ينفذ على من رضي بحكمه وان قضى بالدية
على القاتل لا يجوز لان هذا الحكم مخالف للشرع فان الدية في قتل الخطاء على العاقلة
الا ان يكون القاتل اقر بالقتل خطاء فحينئذ يجوز حكمه بالدية عليه لان ما يجب بالاقرار
لا تتحمله العاقلة وانما يجب على المقر فكان حكمه به موافقا للشرع فينفذ ۞ ادعى
على ميت مالا وورثته غيب الا واحد فحكما رجلا فاقام البينة لا يجوز على الغايب
ويوخذ من الحاضر كل ما في يده لان الحاضر رضي بحكمه دون الغايب وحكم المحكم
انما ينفذ على من رضي بحكمه لا غير فيثبت الدين بحكم المحكم في حق الحاضر لا في حق
الغايب فيستوفي من نصيب الحاضر فصار كما لو ثبت الدين على الميت باقرار
الحاضر واما ما يبطل الحكومة وما لا يبطلها الحكم انما يخرج عن الحكومة باحد
اسباب ثلثة اما بالعزل واما بانتهاء الحكومة نهايتها ان كان موقتا بمضي الوقت او
بخروجه من ان يكون اهلا للشهادة بان عمي او ارتد وان لم يخرج بان كان الفاسق ۞ ولو
غاب او اغمي عليه ثم برا منه وقدم من سفره او حبس كان على حكمه لان هذه
الاسباب لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة وكذا لو ولي القضا ثم عزل عنه
فهو على حكومته لان العزل لم يوجد من جهة المحكمين وانما يوجد من جهة
الوالي وولاية الحكومة مستفادة من جهة المحكمين لا من جهة الوالي ۞ وكذا لو
حكم بينهما في بلد جاز لان التحكيم حصل مطلقا فكانت الحكومة في الاماكن كلها
۞ حكم الذميان ذميا ثم اسلم احد الخصمين خرج من الحكومة فيما بينهما اراد به في الحكم
على المسلم لا على الذمي حتى لو حكم للذمي على المسلم لا يجوز وان حكم للمسلم على الذمي
يجوز نص عليه في موضع اخر من المبسوط فانه مسلم وذمي حكما ذميا جاز

حكمه على الذمي دون المسلم لانه باسلام احدهما خرج من ان يكون شاهدا على
المسلم وبقي شاهدا للمسلم على الذمي وكذا خرج عن كونه حكما على المسلم وبقي
حكما للمسلم على الذمي وقيل لا يجوز للمسلم ايضا لان كل واحد رضي بنفوذ
حكمه عليه بشرط ان ينفذ حكمه على الاخر ۞ وكذلك مسلم وذمي حكما مسلما
وذميا فان حكما للمسلم على الذمي جاز وان حكما للذمي على المسلم لا يجوز لان شهادتهما
على الذمي مقبولة فيجوز حكمهما عليه ۞ ولا شهادة للذمي على المسلم ان كان
للمسلم على المسلم شهادة فلم يجز حكم الذمي على المسلم وبقي المسلم منفردا بالحكم وقد
رضيا بحكمهما فلا ينفرد احدهما بالحكم كما لو حكما عبدا وحرا فحكما لم يجز
حكمهما لان حكم العبد لا يجوز فبقي الحر منفردا بالحكم وقد رضيا بتحكيمهما فلا ينفرد
احدهما به ۞ حكم ذمي مسلمين فاجازاه لم يحكم كما لو حكماه في الابتدا
لان قضاه وقع باطلا فلا تلحقه الاجازة وان رضي المقضي عليه فاقر به لزمه
المال باقراره وصلحه لا بحكم الحكم لان هذا صلح مستقبل بينهما فنفذ عليهما
صلحهما بانفسهما ۞ ذميان حكما ذميا فاسلم الحكم قبل الحكم فهو على حكومته
لانه بالاسلام لم يخرج من اهل الشهادة بل ازدادت شهادته ۞ مسلم ومرتد
حكما بينهما حكما فحكم بينهما ثم قتل المرتد او لحق بالدار لم يجز حكمه عليه ولو اسلم
جاز عند ابي حنيفة وعندهما جاز بكل حال لان حكم المرتد عنده تصرف منه
فيتوقف عند ابي حنيفة كسائر تصرفاته ۞ غاب الخصمان ووكل كل واحد
وكيلا بالخصومة فحكم بينهما جاز لان القضا على الوكيل قضا على الموكل وان وكل
احدهما الحكم بنفسه وقيل خرج من الحكومة لانه صار خصما فيه ومن يخرج خصما
في حادثة لا تقبل شهادته فيها وقيل عند ابي حنيفة ومحمد لا يخرج حتى خاصم عند

القاضي لانه لا يصير خصما بنفس التوكيل عندهما لما عرف في الوكالة ه احد
الخصمين ان الحكم او ممن لا يقبل شهادته له لم يجز قضاؤه الا ان يقضي على ابنه
لانه لا تقبل شهادته له وتقبل شهادته عليه فكذا لا يصح قضاؤه له ويصح عليه
واما ما يصح حكم المحكم وما لا يصح حكما رجلا فاجاز القاضي حكومته قبل ان يحكم
ثم حكم بخلاف راي القاضي لم يجز لان تحكيمهما لا يتوقف على اجازة القاضي فيكون اجازته
باطله وكذلك اجازته حكم المحكم باطلة لانه اجازة المعدوم فاذا بطلت
اجازته وقد قضى الحكم بخلاف رايه فكان للقاضي نقضه ه الامام اذا استعمل
القاضي وامر رجلا ممن تجوز شهادته ان يحكم بين رجلين جاز وهو بمنزلة القاضي
لان الامام ملك تفويض القضا اليه في عامة المسلمين فيملك تفويض القضا
اليه في حق اثنين ه ولو امر القاضي رجلا ان يحكم بين رجلين لم يجز الا باذن الامام
له بالاستخلاف الا ان يجيزه القاضي بعد الحكم فيكون قضا منه او يتراضى به
الرجلان فيكون بمنزلة حكم حكماه لان الامام لم ياذن بتفويض القضا الى غيره
فلا يملك التفويض وقد فعل الحكم ما لا يملكه فيتوقف على اجازة من يملكه
وهو القاضي فاذا اجاز نفذ كالوكيل لا يملك التوكيل فان باع الوكيل الثاني ثم اجاز
الوكيل الاول جاز ه حكما رجلا فلم يوجه القضا على احدهما اخرجه القاضي من
الحكومة فحكم بعد الاخراج فاجاز جاز لان الاجازة في الانتها كالاذن في الابتدا
وليس للحكم ان يفوض التحكيم الى غيره لان الخصمين لم يرضيا بحكم غيره ه فان
فوض وحكم الثاني بغير رضاهما فاجاز الحكم الاول لم يجز الا ان يجيزه الخصمان
من مشايخنا من قال بان قوله فان اجازة الحكم الاول لا تجوز مما لا يكاد يصح كالوكيل
الاول اذا اجاز بيع الوكيل الثاني جاز وكالقاضي اذا لم يؤذن له بالاستخلاف اذا

اجاز حكم خليفته جاز وذكر في السير اذا نزل قوم على حكم رجل فحكم
غيره بغير رضاهما لم يجز ولو اجاز الاول حكمه جاز وتاول قوله ان اجازته
باطله اي اجازته تحكيمه وتفويضه الى الثاني باطلة لان الاذن فيه في التحكيم
في الابتدا لا يصح فكذا في الانتها فاما اجازته حكم الثاني تجوز كانه باشره بنفسه
ومنهم من فرق بينهما والفرق ان الحكم لا يصلح لملك القضا على الخصمين من غير
رضاهما فلا يملك ايضا اجازة قضا الغير عليهما من غير رضاهما بخلاف
اجازة القاضي حكم خليفته لان القاضي يملك القضا بما قضى خليفته من غير رضا
الخصمين فيجوز ايضا اجازته قضا خليفته من غير رضاهما وبخلاف اجازة الوكيل
الاول البيع الثاني لان البيع ينعقد بدون العبارة بالتعاطي فكان المقصود
بالتوكيل حضور راي الوكيل عند البيع لا عبارته فاذا اجاز بيع الثاني فقد
حضر رايه عند البيع فصح فاما الحكم لا يصح الا بالعبارة والخصمان رضيا
بانعقاد الحكم بعبارته لا بعبارة غيره ه اتفقا على حكمين فحكم احدهما لم يجز
لان القضا امر يحتاج فيه الى الراي والتدبير وهما رضيا برايهما دون راي احدهما
فلم ينفرد احدهما بالقضا كوكيلي البيع والشرا وكالامام اذا فوض القضا الى
اثنين لا ينفرد احدهما به فكذا هذا ه ولو كان احد الحكمين عبدا لم
يجز حكمهما لان العبد ليس من اهل القضا فلا ينفذ حكمه وحكم الحر بانفراده
لا ينفذ لان الخصمين انما رضيا بحكم اثنين فلا ينفرد احدهما بالحكم ه حكما
رجلا فقضى لاحدهما ثم حكما اخر ينفذ حكم الاول ان كان جائزا عنده وان
كان جورا ابطله لان الحكم في حقهما بمنزلة القاضي والقاضي يقضي برايه لا بما
لا بما قضى به الحكم فكذا الثاني يقضي برايه لا بما قضى به الاول ه حكما

رجلاً فحكما آخر فحكم بينهما سوى ذلك ولا يعلم بالاول ثم رفعا الى القاضي فانه
ينفذ حكم الموافق لرايه لان الاول لم يكن حكما في حق القاضي وكان للقاضي ان يقضي فيه
برايه ۝ واذا رد الحكم الشهادة لتهمة ثم اختصموا الى اخر او قاضي فزكيت البينة
يقضي لان الحكم لم يكن قاضيا في حق غير الخصمين ولم يتصل بهذه الشهادة رد قاض
من قضاة المسلمين وانما اتصل به رد واحد من الرعايا فكان للقاضي ابطال هذا الرد
اذا ثبتت العدالة عنده بخلاف ما لو رد قاض من القضاة شهادته للتهمة لا
يقبلها قاض اخر لان القضا بالرد نفذ على كافة المسلمين ولهذا لو قضى في
فصل مجتهد فيه ليس لقاض اخر ان ينقضه وان كان يخالف رايه ۝ محكم حكم
لاحدهما ثم رجع وقضى للاخر فقضاوه للاول نافذ وللثاني باطل لانه انتهت الحكومة
بالقضا الاول وخرج عن الحكم فقضى للثاني وليس بحكم فلا ينفذ حكمه ۝ ولا يجوز
كتاب الحكم الى القاضي بحكمه كما لا يكتب القاضي اليه كالرعية في حق القاضي والقاضي
لا يقبل كتاب الرعية ۝ ولا يحكم الحكم بكتاب قاض الى قاض لانه لم يكتب اليه الا اذا رضي
الخصمان ان ينفذ الحكم القضا بينهما فيجوز انشا الحكم ابتدا لانهما رضيا بحكومته
حكما رجلا ما دام في مجلسه فقال لم تحكم بيننا وقال الحكم حكمت فالحكم مصدق ما دام
في مجلسه لانه حكى ما يملك استينافه فيملك الاقرار به وجعل اقراره كانشا الحكم
ولا يصدق بعده لانه لا يملك انشا الحكم فلا يملك الاقرار به ۝ اقام احدهما
البينة على الحاكم انه حكم له وانه يجحد تقبل بينته لان الحكم بمنزلة القاضي في حقهما
ولو ادعى ان قاضيا كذا قضى له بقضية وانه يجحد تقبل بينته لانه ادعى حقا على المدعى
قبله بسبب صحيح لان القضا لما كان سببا لوجوب الحق فالمدعي اقام البينة على
سبب يوجب الحق على الخصم فيقبل ۝ ولو اشهد الحكم انه قضى بالبينة لفلان على

فلان جاز كما يجوز في القاضي ۝ شهد شاهدان ان الحكم قضى لفلان على فلان بالف
وشهد اخران للاخر ان الحكم ابراه من الالف المدعاة والحكم غائب او حاضر يقر
او ينكر يقضي بالبراة لان المدعا عليه لما ادعى البراة فقد حصل مقرا بالدين وقع
الاستغنا عن قبول بينة الطالب لاقراره بالدين الا انه اثبت البراة بعد ذلك فيقضى
بالبراة كما في القاضي المولى ۝ ولو كانت الخصومة في دار فشهد شاهدان قد قضى
بها لهذا على هذا واخران للاخر بمثله ان كانت الدار في ايديهما يقضي بينهما لانه
ليست احدى البينتين باولى من الاخرى فتعارضتا فتساقطتا وتترك الدار في ايديهما وان
كانت في يد احدهما يقضى له وان كانت في يد اجنبي لم يرض بحكمه تترك في يده لان حكم الحكم لا
ينفذ على غير المحكمين

باب كتاب القاضي الى القاضي

يحتاج الى تفسير كتاب القاضي الى القاضي والى شرايط قبوله والى ما يفعل المكتوب اليه
بعد وصوله اليه والى ما يجوز فيه كتاب القاضي وما لا يجوز فيه اما تفسيره
وهو ما اذا تقدم رجل الى القاضي فساله ان يقبل بينته على حق على رجل في بلد
اخر ليكتب له كتابا الى قاضي ذلك البلد فالقاضي يسمع من شهوده على حقه الذي
يدعي لان الحاجة ماسة الى هذا فان الانسان قد يتعذر عليه الجمع بينه وبين خصمه
والشهود في مجلس القاضي فكان فيه حاجة ماسة الى تجويز كتاب القاضي الى القاضي
كما في الشهادة على الشهادة جعلت حجة لمكان مساس الحاجة وذكر الخصاف يجوز
للقاضي ان يكتب كتابا عند مطر الشهادة او نصف شطرها بان اقام رجل عند القاضي
شاهدا واحدا وحوله قبل رجل او شهدت له امراة او شهادة على شهادة لان القاضي
انما يكتب عند كمال الحجة لاجل الضرورة وهو تعذر الجمع بين خصمه وبين شهوده هنا
الضرورة هنا موجودة لان الانسان ربما يكون بعض شهوده في هذه البلد وبعضهم

وبلدة اخرى يجوز الكتاب لاجل الحاجة ٥ ولو كان القاضي علم شيئا من اقرار رجل
لرجل بحق ما خلا الحدود والقصاص فسأله صاحب الحق ان يكتب له بذلك الى
قاضي بلد اخر والمطلوب هناك اختلف المشايخ فيه قيل ان كان علمه حالة
القضا يكتب لانه يمكنه القضا بهذا العلم فلان يمكنه الكتاب كان اولى وان كان علم قبل
القضا عند ابي حنيفة لا يكتب كما لا يقضي وعندهما يكتب كما يقضي وقيل القاضي
يكتب في الوجهين جميعا في قولهم جميعا والصحيح هو الاول لان علمه قبل القضا شهادة
والشاهد لا يقبل شهادته بالكتاب الى القاضي ٥ واذا اراد القاضي ان يكتب
الى قاض اخر يكتب في الكتاب اسم المدعي واسم ابيه واسم جده وحليته ونسبه الى
قبيلته وفخذه او الى صناعته ان لم يكن من العرب وكذلك يكتب اسم المدعا عليه
لان التعريف يقع بذكر هذه الاشيا لانه قل ما يتفق رجلان في هذه الثلثة
اشيا فان ذكر اسمه واسم ابيه وجده وترك ما سوى ذلك كفاه ٥ وان ذكر
اسمه واسم ابيه ولم يذكر اسم جده او نسبه الى قبيلته او الى صناعته لم يجز عند
ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فان كان في المحلة رجلان بذلك الاسم والنسبة
والتجارة لم يصح لان التعريف لم يصح لان الشركة لم ينقطع بينه وبين غيره ٥ فان اقام
المدعا عليه بينة ان في القبيلة رجل اخر بهذا الاسم والنسبة فان كان حيا لا يقضي
لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وان كان ميتا فانه ينظر ان كان
ميتا قبل شهادة الشهود وكتاب القاضي صح الكتاب لان التعريف يحصل بهذا
لانه ذكر اسم فلان مطلقا ومطلق الاسم ينصرف الى الحي دون الميت وكانهم ذكروا
في الشهادة فلان بن فلان الحي فصار الحي مطلوبا وان كان حيا وقت الكتابة لان مطلق
الاسم يتناولهما فتقع الاشتباه ٥ ثم ان شا كتب اسامي الشهود الذين شهدوا عنده

وانسابهم وحلاهم ومواضعهم وان شا اكتفى بقوله شهد بذلك عندي شهود
عدول قد عرفتهم واثبت معرفتهم كما في القاضي اذا كتب السجل ان شا اظهر فيه
اسما الشهود وانسابهم وان شا اخفى واكتفى بقوله بعد ما شهد عندي شهادة شهود
عدول يعرفهم بالعدالة كذا هنا ٥ ثم اذا كتب اسما الشهود كتب فيه عدالتهما ان
عرفهما بالعدالة فان لم يعرفهم بالعدالة سال عنهم فاذا عدلوا كتب انه قد سال عنهم
فعدلوا عنده وعرفوا بالخير وحمدوا لان القاضي المكتوب اليه يحتاج الى ان يقضي وانما
يمكنه القضا اذا ظهرت عدالة الشهود فان لم يكتب عدالة الشهود لا باس به لان
القاضي المكتوب اليه يفحص عن حالة الشهود الذين شهدوا عند القاضي الكاتب فيقف
فمتى ظهرت عدالتهم بخبر صدق وحينئذ يقضي ٥ واذا كتب الكتاب يقرا على الشهود
الذين اشهدهم على الكتاب لان معرفة ما في الكتاب شرط عندهما خلافا لابي يوسف
ويختم الكتاب بحضرتهم لانه لو لم يختم بحضرتهم يتوهم التبديل والتغيير ويشهدهم ان هذا
كتابه الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا وهذا خاتمه عليه حتى لا يشتبه على الشهود
حال المكتوب اليه ٥ واما شرائط قبوله فاشيا احدها انه لا يقبل القاضي
المكتوب اليه حتى تقوم عليه البينة انه كتاب القاضي خلافا للشعبي لان كتاب القاضي
حجة ملزمة فانه يجب عليه العمل به والحجة لا تكون ملزمة الا بالبينة مظهرة ومبينة
بخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي لان القضا انما يقع بشهادة
الشهود العدلة لا بالتعديل والتزكية وبخلاف كتاب اهل الحرب بالاستيمان الى
امير المسلمين يعتبر بغير بينة لانه غير ملزم ولان الامير مخير ان شا اعطاه الامان وان
شا لم يعطه ٥ والثاني ان يقرا الكتاب عليهم او يخبرهم بما فيه حتى لو شهدوا انه
كتاب القاضي وخاتمه ولم يشهدوا بما فيه لا يقبل هذه الشهادة عندهما وعند ابي يوسف

يقبل لان المشهود به الكتاب والختم والكتاب والختم معلومان بالاشارة وما فيه
معلوم بالكتابة فكان المشهود به معلوما وتوهم التبديل والتغيير من المدعي
منتف بسبب ختم القاضي لهما ان التبديل والتغيير موهوم مع ختم القاضي متى كان
الكتاب في يد المدعي لان الختم قد يشبه الختم ويتصور بصورته فيمنع قبول الشهادة
اذا لم يشهدوا بما فيه كما لو شهدوا بمال في صك على رجل ولم يشهدوا بما فيه لم يقبل
لتوهم التبديل والتغيير لما في ضمنه والثالث ان ختم الكتاب بحضرتهم ولا يقبل اذا
كان غير مختوم وقيل عند ابي يوسف يقبل والصحيح انه لا يقبل بالاتفاق لان الكتاب
اذا لم يكن مختوما يتوهم فيه التبديل والتغيير لانه في يد المدعي ولانه اذا كان غير مختوم
فهو بمنزلة الصك وعلم الشهود بما في الصك شرط لصحة الشهادة فكذا علمهم بما في
الكتاب شرط لصحة الشهادة فاما اذا كان مختوما فعلم الشهود بما في الكتاب ليس
بشرط عند ابي يوسف لما مره وذكر الخصاف ولو انكسر خاتم القاضي الذي على الكتاب
يقبله بالاجماع لان هذا مما يبتلى به الناس والرابع ان يكون عليه عنوان بان كتب
هذا الكتاب من فلان بن فلان بن فلان الى فلان بن فلان بن فلان قاضي بلد كذا حتى لو
كتب اسم المكتوب اليه لا غير او اسمه واسم ابيه لا غيرا وكتب هذا من فلان بن فلان
الى من وصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم لا يصح الكتاب عندهما
خلافا لابي يوسف ولو كتب هذا من فلان بن فلان الى قاضي بلد كذا فلان بن فلان
والى كل من وصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم يصح بالاجماع لان
ذكر الاسم والنسبة انما يشترط للاعلام والتعريف والقاضي في كل بلد مشهور
معروف فيقع الغنية في حقه عن ذكر الاسم والنسبة الا ترى ان ابا حنيفة وابن ابي ليلى
لما صارا مشهورين وقع الاستغنا في حقهما التعريف بهما واعلامهما فكذا ها هنا

ان اعلام القاضي المكتوب اليه وتعريفه شرط وانما يصير معلوما
ومعرفا بالاسم والنسبة ولم يوجد بخلاف ما اذا سمى المكتوب اليه
فلان بن فلان ثم قال والى كل من يصل اليه لان الاول قد صار معلوما
بذكر الاسم والنسبة وما وراءه تبع له فامكن الحاقه به والخامس ان
يكون داخل الكتاب اسم القاضي الكاتب والمكتوب اليه واسم ابيهما على
عنوان الكتاب حتى لو لم يكن داخل الكتاب اسمهما وان كان على عنوانه لم يقبله
عندهما خلافا لابي يوسف لان العنوان اذا كان على ظاهر الكتاب دون
باطنه فليس تحت ختم القاضي وما ليس تحت ختم القاضي يتوهم فيه التبديل وا
لتغيير فلا يعتبر كاصل الحادثة اذا لم يكن مختوما بخاتمه قالوا وهذا في زمانهم
فاما في زماننا فالرسم قد تغير وصار العنوان على الظاهر دون الباطن فيعمل به
في زماننا والاحوط ما قاله محمد وان كان فيه اسمهما واسم ابيهما ولم ينسبهما
الى الجد يقبله بخلاف الشهود ولان في القاضي وجد ما يقوم مقام النسبة
الى الجد وهو كونه قاضيا فقامت النسبة الى القضا مقام النسبة الى الجد كما
في الشهود قامت نسبتهم الى الحرفة او التجارة التي يعرف بها مقام النسبة الى
الجد فان كان فيه كناهما ولم يكن فيه اسما ابيهما لا يقبل الا ان تكون كنيته
معروفة كابي حنيفة او اسما مشهورة كابن ابي ليلى لان التعريف بهذا يقع
ويقبل كتاب القاضي الى الامير الذي استعمله في مصره ذلك اصلح الله الامير
ويقتصر على ذلك وان كان في مصر اخر لم يقبله حتى يكتب الاسما والنسبة والختم
والقياس ان لا يقبله الا بالاسم والنسبة والختم والشهادة لان هذا كتاب القاضي
فيشترط فيه الاسما والنسبة والختم والشهادة كما لو جا من مصر اخر

وجه الاستحسان ان العادة جارية ان القاضي يكتب الى الوالي ويستعين
به فيما يعجز عن اقامته بنفسه في كل وقت ولو شرطنا الشهادة والختم
لوقع الناس في الحرج لان كل احد لا يحضر مجلس الامير فيشهد والامير
لا يمكنه البحث عن احوال الشهود ابدا فقبل الكتاب للضرورة ولكن هذه
العادة في المصر الواحد فاما في مصرين بان كان القاضي في مصر والامير
في مصر اخر فلا عادة فيرد الى ما يقتضيه القياس فلا يقبل الا ان يكون
مختوما ومعه شاهدان كما في كتاب القاضي واما ما يفعل القاضي
المكتوب اليه بالكتاب فاذا جا الى القاضي كتاب قاض اخر ينبغي له
ان يجمع بين الذي جا بالكتاب وبين خصمه ثم يسال الذي جا به بينة
تشهد على انه كتابه وخاتمه فان اقام المدعي بينة على ذلك يسالهم هل
قرا عليهم وختم بحضرتهم فان شهدوا على ذلك قبله ولا يقبل الكتاب
الا بمحضر خصمه لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة
على الشهادة ثم القاضي لا يقبل الشهادة على الشهادة الا بمحضر
الخصم فكذلك الكتاب ولا يفتحه الا بمحضر خصمه فان فتح بغير محضر
خصمه جاز لان القضا انما يقع بالشهادة بالكتاب والخاتمه
لا بالفتح لكن الفتح سبب لامكان القضا فكان بمنزلة ادا الشهادة
من وجه ● ثم يخرجه بعد قراته وختمه ويكتب عليه اسم صاحبه لان هذا
الكتاب صار حجة للمدعي فكان بمنزلة السجلات والمحاضر ● ولو مات
القاضي الكاتب او عزل قبل ان يصل الكتاب الى القاضي المكتوب
اليه او بعد الوصول قبل القراة لم يقض به وقال ابو يوسف في الامالي

يقضي به وهو قول الشافعي ولو وصل اليه ثم مات او عزل قضى به بالاجماع
له ان القاضي الكاتب بمنزلة الشاهد على الشهادة لانه ناقل لشهادة
الذين شهدوا عنده بالحق الى القاضي المكتوب اليه ويقبل الشهادة منه
ثم تحيز كتبه وكان بمنزلة شهود الفروع الذين اشهدوا ثم ماتوا قبل القضا
تقبل فكذا هذا ولهما ان هذا بمنزلة الشهادة على الشهادة واداء الشهادة
على الشهادة قبل وصول الكتاب والقراة لم يتم لان النقل والتحويل لم يتم ولهذا
لم يجب عليه القضا لانه لم يثبت بالكتاب بلا القاضي وانما ثبت كلام
الرعيه فصار كموت الشاهد قبل ادا الشهادة وبعد وصول الكتاب والقراة
تم ادا الشهادة حتى وجب عليه القضا فصار كموت الشاهد بعد اداء
الشهادة ● وان عمي القاضي الكاتب او فسق او ارتد او صار في حال لا يجوز
حكمه بعد وصول الكتاب قبل القضا به لا ينفذه عندهما وعند ابي
يوسف ينفذه بنا على انه لو عمي شاهد الفرع بعد ما شهد قبل القضا
بشهادته كان على هذا الاختلاف فكذا هذا ● ولو مات القاضي المكتوب
اليه قبل القضا وجلس قاض اخر مكانه لم يقض به خلافا للشافعي لانه
كتب الى غيره لان التعيين قد صح منه لان القضاة يتفاوتون في مراعاة
الامانات لانهم غير معصومين عن الخيانة فهم كالامنا لارباب الاموال وا
لتعيين معتبر لارباب الاموال فكذلك في القضاة واذا صح التعيين لم يصر القاضي
المحدث مكتوبا اليه وغير المكتوب اليه لا يملك القضا بخلاف ما لو قال الى
كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه رضي بامانة الكل فالكل صار مكتوبا
اليه ● ولا يقبل القاضي رسالة من قاض اخر وان قامت عليها بينة فرق بين

الرسالة والكتاب والفرق ان الكتاب من القاضي جعل كالخطاب للقاضي المكتوب
اليه بالمشافهة والكتاب صدر منه من موضع القضا فكان الخطاب
صادرا ووارد امنه من موضع القضا فصح فاما الرسول ينقل عبارة المرسل
وخطابه فالنقل يقتصر على هذا الموضع فيثبت خطاب المرسل في هذا الموضع
والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضايه كقول
واحد من الرعيه ونظير هذا ما روي عن محمد انه قال في مصر فيه قاضيان
في كل جانب منه قاضي فكتب احدهما الى الاخر كتابا يقبل كتابه ولو اتى
احدهما الى صاحبه واخبره بالحادثة بنفسه لم يقبل قوله لان في الوجه
الاول جعل كان الكاتب خاطبه في موضع القضا وفي الوجه الثاني
خاطبه في غير موضع القضا كذا هذا ● وكذلك لو ان القاضيين
التقيا في عمل احدهما او في مصر ليس من عملهما فقال له قد ثبت عندي
لفلان بن فلان الفلاني كذي وكذي على فلان فاعمل به لم يقبل ذلك ولم ينفذه
لان الخطاب او السماع وجد في موضع لا ينفذ فيه قضاوه فصار كخطاب
وسماع غير القاضي فلا يجوز ان يعتمده في القضا به بخلاف كتاب القاضي الى
القاضي لان خطاب الكاتب انما وجد في موضع ينفذ فيه قضاوه وثبت
ذلك عند المكتوب اليه في موضع ينفذ فيه قضاوه وهكذي ذكر الكرخي
انه يجوز كتاب القاضي الى القاضي وان كانا في مصر واحد ● ولا يقبل كتاب
قاضي رستاق او قريه الا قاضي مدينه فيها منبر وجماعه او كتاب
الامير الذي استعمل ذلك القاضي لان قاضي رستاق ليس بقاضي وما يفعل
يفعل على سبيل الصلح لا على سبيل القضا فان قضاه لا ينفذ وكتاب غير القاضي

لا يقبل وهذه تدل على ان المصر شرط لنفوذ القضا ● ولو كان راي القاضي
المكاتب مخالفا لراي القاضي المكتوب اليه قضي المكتوب اليه براي نفسه
الا ان يكون الاول قضي به فيمضيه الثاني لان القاضي الاول لم يقض بعد
بل حل محل الشاهد على الشهاده ولو كان كذلك فانه يتبع القاضي
راي نفسه فرق بين الكتاب وبين السجل فانه اذا ورد على قاضي سجل من قاضي
اخر وهو لا يرى ذلك وهو مما اختلف فيه العلما فانه ينفذه والفرق
ان السجل لا يكون الا بعد القضا والقضا صادف محل الاجتهاد فنفذ فلا يكون
لاخر ان يبطله فاما الكتاب يكون قبل القضا فانما هو بمنزله الشهاده فكان
للقاضي المكتوب اليه ان يبطله براي نفسه ● ولو سال من المكتوب اليه كتابا
الى قاض اخر الذي انتهى اليه كتب له لان هذا القاضي صار كالقاضي الاول
لان الشهاده الواقعه عند الاول صارت منقوله الى المكتوب اليه حكما
فصار كما لو شهد واعند حقيقه وطلب المدعي منه ان يكتب له كتابا
فانه يجيبه فكذا هذا وذلك لان كتاب الاول انما صح لحاجته الى اجابته
وهذه الحاجه ماسة في حق القاضي الثاني والثالث واذا كتب نسخ في كتابه
كتاب القاضي الاول الذي كتبه اليه وان شا حكاه له في كتابه اليه لانه يمكنه
نقل ما ثبت عنده كالاول ● ولو كتب القاضي له كتابا ولم يدفعه اليه حتى جا
خصمه لم يدفعه اليه ولم يفصل له حتى يقيم البينه عليه لانه سمع البينه على خصم
غايب فلا يجوز القضا به ● واما ما يقبل فيه كتاب القاضي وما لا يقبل ولا يقبل
كتاب القاضي في الحدود والقصاص لانه بمنزله الشهاده على الشهاده والحدود
والقصاص لا تثبت بالشهاده على الشهاده فكذا بكتاب القاضي ويقبل فيما لا ينفل

ولا يحول كالدور والعقار والنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحوها لان
هذه الاشيا مما لا ينقل فلا حاجة الى احضار المدعى به والاشارة اليه
ولا يقبل فيما ينقل ويحول كالعبد والامة والدابة والعروض عندهما وعند
ابي يوسف اخرا يقبل في العبد دون الامة وغيرها لان الاباق يكثر من العبد لانه
يخدم خارج البيت فيقدر على الاباق غالبا فتمس الحاجة الى الكتاب لانه ربما
لا يكون للمولى شهود في البلدة التي فيها العبد وشهوده لا يذهبون معه فلو لم يجز
الكتاب ادى الى ابطال حقوق الناس فاما الاباق من الجارية لا يكثر فلا تمس الحاجة
الى الكتاب لهما انه يمكن توهم الشركة والجهالة في المقضي به وهو العبد لانه
ربما يشاركه غيره في الاسم والصفة والحلية وفي المقضي عليه وهو الذي في
يده العبد وقطع هذه الجهالة ممكن بالاحضار والاشارة اليهما فيجب احضارهما
مجلس الحكم حتى ينقطع الشركة بالاشارة فترجح جانب الجهالة فيمنع جواز الكتاب
كما في الامة والدواب والعروض والقياس لا يترك بمطلق الحاجة وانما يترك
لضرورة ماسة كما في اباحة الميتة وليس هنا ضرورة ماسة لانه يمكنه ان
يحمل شهوده الى تلك البلدة او يستشهد الشهود على شهادتهم حتى يحيي حقه وصورة
الكتاب في العبد الابق انه اذا اقام مولاه بينة عند الحاكم في مصره انه كان له
عبد فابق وقد اخذه فلان كتب له القاضي كتابا الى القاضي المصر الذي فيه الاخذ
انهم شهدوا عنده ان عبدا له مبارك الهندي حليته كذا وقامته كذا ملكه وانه
ابق منه فاذا ورد هذا الكتاب على القاضي المكتوب اليه احضر العبد مع الذي
في يده ثم فك الكتاب وطابق العلامة والكتاب فان وافق حلية الغلام ما في الكتاب
ختم ذلك وجعل في عنق العبد من رصاص حتى لا يتعرض له في احد الطريق بدعوى

السرقة وغيره ويقع الامن عن التبديل والتغيير وياخذ منه كفيلا ويدفع اليه
العبد فيذهب الى حاكم مصره فان شهد شهوده انه عبده قضى له وكتب الى
ذلك الحاكم ليبرئ كفيله ويبتني على هذا كتاب القاضي في نسب الابن
لا يقبل عندهما خلافا لابي يوسف وصورته رجل وامرأة ادعيا ابنا و
بنتا وقالا هو معروف النسب منا وهو في يد فلان بن فلان الفلاني في بلد كذا
قد استرقه فلان فيقيما البينة على ذلك عنده وياخذ كتابه بذلك الى قاضي ذلك
البلد لا يكتب لهما عندهما خلافا لابي يوسف وكذلك الزوج يدعي المرأة فعلى
هذا فرق بين هذا وبين ما اذا ادعى النسب على الاب بان قال فلان بن فلان ابي وهو
في بلد كذا وهو يدفع نسبي ولي بينة هاهنا على انه اقر اني ابنه او انه تزوج امي
واني ولدت منها على فراشه فاقام بينة على ذلك وسال كتابه يكتب له بذلك
بالاجماع والفرق ان ثمة المقصود من اثبات النسب ليس هو استرداد الولد
منه فلم يكن المشهود به شيئا نقليا فيجوز فيه كتاب القاضي الى القاضي كما في الدين
وهنا المقصود من اثبات النسب استرداد الولد من يده فكان المشهود به شيئا
ينقل من محل الى محل وفيما ينقل لا يقبل كتاب القاضي وهذا الاختلاف في حالة الحيوة
فاما بعد الوفاة يكتب لكل واحد يستحق نسبا او ميراثا او بنوة بالاجماع لان
بعد الوفاة المقصود اثبات المال فانه دين وفي الدين يكتب القاضي بالاجماع • رجل
قال للقاضي كان لفلان بن فلان الفلاني علي كذا وكذا درهما وقد دفعتها اليه وابراني منها
او وهبها لي وهو في بلد كذا فاخاف ان اصير الى ذلك البلد فيجحد بهذا المال ولي
شهود هنا فاسمع منهم واكتب لي الى ذلك القاضي فانه لا يسمع من شهوده ولا يكتب
له عند ابي يوسف وعند محمد يكتب له ولو قال يجحدني الا سنيا وخاصمني مرة اخرى

حتى يستوفي الحق مرتين فاراد اقامة البينة على انه اوفاه لكتب الكتاب الى ذلك
القاضي فانه يسمع من شهوده ويكتب له لمحمد ان كتاب القاضي انما جعل حجة لمكان
الحاجة والحاجة هنا محققة فوجب ان يجعل حجة كما في تلك المسألة لابي يوسف ان
القاضي انما يكتب الكتاب في خصومة توجهت اليه لانه نصب لفصل الخصومات
لا لانشائها وههنا لم يتوجه اليه الخصومة بل هي موهومة فلو كتب كان مهيجا
للخصومة وليس له تهييج الخصومة وفي تلك المسألة الخصومة توجهت اليه
الا ترى لو قال للقاضي قد كان لهذا علي الف درهم قد قضيتها وابى ان يقبضه
ذلك مني فاسأله عن ذلك فان انكر احضر شهودي فانه لا يسأله عن ذلك
بالاجماع لما قلنا فيكون هذا حجة لابي يوسف على محمد رحمه الله ولو قالت امرأة للقاضي
ان زوجي طلقني ثلثا وتزوجت بزوج اخر بعد العدة واني اخاف ان ينكر الطلاق
وطلب من القاضي ان يسأله حتى اذا انكر اقامت عليه البينة يسأله القاضي بالاتفاق
فيكون هذا حجة لمحمد على ابي يوسف

باب العدوى والاعدا

ذكر الخصاف قال ابو يوسف رجل ادعى على رجل دعوى واراد عليه عدوى
وهو في المصر والقاضي لا يعلم ان المدعي مبطل فانه يعدي عليه ويبعث من يحضره
استحسانا والقياس ان لا يعدي عليه بمجرد الدعوى لان الدعوى خبر محتمل
والمحتمل لا يكون حجة فلا يثبت به ولاية الاعدا وجه الاستحسان ان ترك
القياس بالاثار المشهورة جائز وقد جاءت الاثار عن الصحابة والتابعين رضي
الله عنهم انهم فعلوا ذلك من غير نكير وقد قال عليه السلام ان الله تعالى لا يجمع
امتي على الضلالة وروي ان رجلا من اراش قدم مكة بابل فابتاعها منه ابو جهل
لعنه الله فمطله فقام في المسجد فقال يا معشر قريش اني رجل غريب ابن سبيل

وان يعطني ابلا من ابي جهل فمطلني وظلمني فمن رجل يعديني عليه ويأخذ لي حقي
ورسول الله صلى الله عليه وسلم في المسجد جالس فقال ذلك الرجل يعديك عليه فانطلق
اليه فذكر له ذلك فقام معه وبعث قريش في اثرهما رجلا وانما فعلوا ذلك
استهزاء لما قد علموا بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين ابي جهل عليه اللعنة
من العداوة فاتى الباب فضربه فقيل من هذا فقال محمد فخرج ابو جهل وما في وجهه
رايحة من الزعر اي من الخوف فقال اعط هذا حقه فقال نعم فدخل فاخرج حقه
فاعطاه اياه فجا الرسول فاخبرهم وجا الرجل فوقف عليهم وجا الرجل فقال
جزاه الله خيرا فقد اخذ لي حقي فلم يلبثوا ان جا ابو جهل عليه اللعنة فقالوا ويلك
ما صنعت فقال والله ما هو الا ان ضرب على الباب فقال محمد فذهب فوادي
فخرجت وان معه لفحلا ما رايت مثل هامته وانيابه لفحل قط ان كاد
امتنعت فوالله ما ملكت نفسي ان اعطيت حقه وفي الحديث بيان جواز الاعدا
بمجرد الدعوى الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قام بنفسه بمجرد الدعوى
الا ان اليوم القاضي لا يقوم بنفسه لكثرة الخصوم ولما فيه من الاستخفاف به
وان كان الخصم خارج المصر فان كان قريبا من المصر بحيث لو ابتكر من اهله
امكنه ان يحضر مجلس القاضي ويجيب ويبيت في منزله لا يعدي به ثم كيف يصنع
القاضي قبل ان يامر المدعي باقامة البينة ان له عليه حقا ولا تكون هذه البينة
لاجل القضا بل لاجل الاحضار كما في كتاب القاضي الى القاضي فاذا اقام
البينة امر انسانا ان يحضر خصمه فاذا احضره امر المدعي باعادة البينة فاذا
اعاد البينة العادلة قضى بها عليه وقيل يحلفه القاضي فان نكل اقامه من مجلسه
وان حلف امر انسانا ان يحضر خصمه والاول اصح وعليه اكثر القضاة وذكر

الخصاف ان القاضي يدفع خاتمه لاحضار الخصم اذا كان في المصر ويبعث من
يحضره اذا كان خارج المصر والقضاة على عكس هذا فانهم يبعثون الرجال في
المصر ويدفعون العلامة خارج المصر وبعض القضاة يختارون في العلامة
دفع الخاتم وبعضهم دفع الطينة وبعضهم دفع القطعة القرطاس وهذا لان
الخصم ربما يكون بعيدا عن المصر فالمدعي يلحقه مؤنة الرجل ويريد ان يتحمل تلك المونة
بنفسه كيلا يلزمه شي فقلنا بان القاضي يبذل العلامة ليذهب به فيريه خصمه
ويستقر على ذلك فان اجاب الخصم وحضر مجلس الحكم والا بعث القاضي اليه
من يحضره ومؤنة الشخص على من تكون اختلفوا فيه قيل تكون على بيت المال
وقيل تكون على المتمرد وهو الصحيح لانه لما تمرد فقد تحقق منه سبب وجوب
ذلك الحق كالسارق اذا قطع فان ثمن الدهن الذي يحسم عروقه يكون عليه كذا هنا
● واذا امتنع الخصم من الخصومة عزره لانه اساء الادب فيما صنع فاستوجب
التعزير فيعزره القاضي اما بالضرب او بالصفع او بالحبس على قدر ما يرى او
بعبس وجهه وكذلك اذا سكت ولم يقل اني احضر ولا احضر الا انه لم
يحضر معه الا انه لم يحضر معه في الوقت الذي وقت له لان السكوت في موضع
الجواب يكون امتناعا عما دعي اليه

باب ما ينبغي للقاضي ان يضعه على يدي عدل او لا يضعه اذا خوصم فيه

الاصل فيه ان كل ما كان حق الله تعالى يثبت فيه الحيلولة وما لم يكن حق الله
تعالى لا يجب فيه الحيلولة الا ان يسال المدعي والعلامة الفاصلة بين حق الله تعالى
وبين حق العبد هو ان المدعى ان لو ترك لا يترك فهو حق الله تعالى واذا ترك
المدعي يترك فهو حق العبد ثم مسايله على ثلثة اقسام احدها ما يجب فيه

الحيلولة مطلقا وهو الفروج والثاني ما لا تجب فيه الحيلولة الا اذا كان
صاحب اليد متهما وهو المنقول والثالث ما لا تجب فيه الحيلولة اصلا
وهو العقار اما القسم الاول فهو على ثلثة اوجه ادعى جارية في يدي
رجل او ادعت الامة انها حرة الاصل او انه اعتقها مولاها وهو على ثلثه
اوجه اما ان لم يقم الشهود او اقام شاهدا واحدا او اقام شاهدين مستورين
فان لم يقم بينة وسال القاضي الحيلولة الى ان يحضر شهوده لا يجيبه القاضي الى
ذلك لان مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق في حق المدعى عليه فلا يثبت
به الحيلولة لما في الحيلولة من ازالة يد المدعى عليه من غير سبب الاستحقاق فلا
يجوز ● وان اقام على ذلك شاهدا واحدا ينظر ان قال لا شاهد لي سوى هذا
الشاهد لا يحول بينها وبين ذي اليد لانه لا فايدة في الحيلولة الى المجلس الثاني
لانه لا يمكنه ان يقضي بشاهد واحد فكان في الحيلولة ازالة يد المدعى عليه
وتعطيل ملكه من غير سبب الاستحقاق ● فان قال لي شاهد اخر في المصر
اتي به في المجلس الثاني لا يحول بينهما قياسا لان شطر الحجة لا يكون حجة فصار
وجوده وعدمه بمنزلة فبقي مجرد المدعي بلا حجة ويحول استحسانا اذا كان
الشاهد عدلا لان قول الواحد العدل حجة في باب الديانات حقا لله تعالى
والحل والحرمة حق الله تعالى فجاز ان يجب به الحيلولة الى المجلس الثاني لانه مقيد ●
وان اقام شاهدين مستورين ينبغي للقاضي ان يضع الجارية على يدي امراة ثقة
مامونة تحفظها حتى يسال عن الشهود ولا يتركها في يدي ذي اليد لان شهادة
المستور حجة للاستحقاق الا ترى ان القاضي لو قضى بهذه الشهادة يجوز فقد
ظهر سبب الاستحقاق ولو تركت الجارية في يديه ربما يطاها لانه يزعم انها له

ويستحل وطيها فيكون القاضي ممكنا له من ارتكاب الحرام وسوا فيه كان المدعا
عليه عدلا او غير عدل لان العدل انما يتحرز عن ارتكاب ما يعتقده حراما
في دينه والمدعا عليه يعتقده حلالا فلا يمتنع من وطيها ه ولا يضعها
على يدي ثقة بدون سوال المدعي لان الحق في هذا للمدعي الا ترى انه لو ترك الخصومة
بعد اقامة البينة يترك وان كانت الامة في يدي امراة ادعاها رجل
لا يضعها على يدي عدل وان سال لان القاضي لا يخاف وقوع الوطي الحرام ه
وكذلك رجل ادعى على امراة نكاحا فالقاضي يكفلها ولا يضعها على يدي
عدل لانها حرة مالكة لنفسها لا يخاف منها الوطي الحرام وكذلك لو كانت
جارية بكرا في منزل ابيها فالقاضي لا يعزلها لانه لا تهمة فيه وانما يعزل
التي مع رجل يطاها ه ولو ادعت امراة رجل انه طلقها ثلثا فاقامت
على ذلك بينة والزوج ينكر فالقاضي لا يخرجها من بيت الزوج لكن يجعل معها
امراة ثقة مامونة يحفظها ويمنع زوجها منها حتى يسال عن شهودها
وفي الامة يخرجها من بيت المولى فيضعها على يدي عدل فهما يفترقان في ذلك
الحكم والفرق ان شهود المراة ان كانت كذبة كانت منكوحة وان كانت صدقة
كانت معتدة والمنكوحة لا تخرج من بيت الزوج والمعتدة لا تخرج من بيت العدة
فاما شهود الامة ان كانت كذبة كانت امة وللامة ان تخرج من البيت وان
كانت صدقة كانت حرة وللحرة ان تخرج ايضا ه وان عدلت البينة فرق بينهما
لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة فان لم تعدل وقالت المراة لي شهود
اخرون احضرهم ايضا فانها تترك على حالها الى ان يستبين امرها لان بهذه الشهادة
يجب ابتدا الحيلولة فلان تبقى كان اولى ه وكذلك امراة مع رجل ادعت انه تزوجها

انه تزوجها نكاحا فاسدا واقامت بينة على ذلك وهو يزعم انه تزوجها
نكاحا صحيحا فانه يعزلها ويضعها على يدي رجل عدل وكذلك رجل ادعى
امة في يدي رجل وقال بعتها من ذي اليد بيعا فاسدا واقام على ذلك بينة
وقال ذو اليد اشتريتها شرا صحيحا او قال هي جاريتي ولم اشترها منه
فالقاضي يعزلها لانه لو زكيت البينة كان الوطي حراما فالقاضي يخاف وقوع
الوطي الحرام قيل انما يعزلها في دعوى الشرا مخافة الوطي المكروه لان وطي المشتري
شرا فاسدا يكون مكروها لا حراما ه واما القسم الثاني وهو ما اذا ادعى
غلاما في يدي رجل او دابة او عرضا او منقولا واقام على ذلك بينة وسال القاضي
ان يضعه على يدي عدل لان اليد مقصودة في العين كما ان الملك مقصود ثم لا يجوز
استحقاق الملك بالبينة قبل ظهور العدالة فلا يجوز ايضا استحقاق اليد بالبينة قبل
ظهور العدالة وفي التزوج امر بالحيلولة احتياطا للحرمة وقد انعدم هذا المعنى
هنا فلا يخرج العين من يده لكن ياخذ منه كفيلا بنفسه وبالمدعى حتى لا يغيب ولا
يغيب العين وان كان المدعا عليه فاسقا او متلافا مخوفا على ما في يده ان
يتلفه او يغيبه فانه يضعه على يدي عدل لانه لا يومن من ان يتلفه تعنتا فالقاضي
يخرجه من يده على سبيل النظر واما القسم الثالث لو ادعى عقارا في يدي
رجل واقام بينة لا يامره القاضي بالوضع على يدي رجل عدل ولا بالكفيل به لانه
لا يمكن تغييبه الا ان يكون ارضا فيها شجر مثمر فيوضع على يدي عدل اذا خيف
المطلوب على استهلاكه لان الثمر نقلي والنقلي مخشي الاستهلاك من المطلوب فيوضع
على يدي عدل ه وكذلك جارية في يدي رجل ادعى رجل نصفها انه ملكه فاقام
على ذلك بينة فالقاضي لا يخرجها من يدي ذي اليد لانه لو ثبت الشركة فيها بالبينة

فالقاضي لا ينزعها عن يده لكن يامرها بالتهاني فقبل ظهور الشركة اولى ان لا يزيلها عنها وكذلك لو كانت جاريه بين رجلين فقال احدهما للقاضي ان شريكي ليس بمؤتمن اخاف منه ان يواقع هذه الجاريه لا يضعها على يدي عدل وكذلك لو قالت امراة للقاضي لست امن على نفسي من زوجي ان يقربني في الحيض فضعني على يدي رجل كلما حضت لا يضعها ه رجلان تنازعا في جاريه وهي في ايديهما وكل واحد منهما يدعي انها له وحضرا القاضي فالقاضي يدعها في ايديهما ويقول لكل واحد اقم البينه على دعواك لانها متى كانت في ايديهما فكل واحد يمنع صاحبه عن وطيها ه وان تنازعا فيها الى ان تقيما البينه امرهما القاضي ان يجمعا على رجل يضعانها على يديه الى ان تقوم لهما بينه لكي تنقطع المنازعه ه فان اقام احدهما بينه على دعواه ولم يقم الاخر وضعها القاضي على يدي عدل الى ان يسال عن الشهود كما لو كانت الجاريه كلها في يد احدهما وادعى الاخر كلها فاقام على ذلك بينه وضعها القاضي على يدي عدل فكذا هذا

باب الحبس والملازمه

نحتاج الى معرفة مشروعية الحبس وسببه وكيفيته ومتى يحبس ومن يحبس ومن لا يحبس ومتى يطلق اما مشروعيته فلقوله تعالى فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت الايه وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة وروي ان علي ابن ابي طالب رضي الله عنه بنى سجنا وسمي نافعا فلم يكن حصينا فانفلت الناس منه ثم هدمه وبنى سجنا اخر وسماه مخيسا حتى قال فيه شعرا

الا تراني كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا
حصنا حصينا واميرا كيسا

ولان المطلوب متى امتنع عن ايفاء ما عليه فقد

حبس الطالب عن منافع ملكه مع القدرة على ايصاله الى منافع ملكه بالايفاء فوجب ان يحبس المطلوب مجازاة على فعله لتكون عقوبته من جنس جرمه وجنايته كما قال الله تعالى وجزاء سيئة سيئة واما سببه هو ظهور مماطلته بالامتناع عن ايفاء الحق لانه متى ظهرت مماطلته فقد ظهر ظلمه وحيفه لقوله عليه السلام مطل الغني ظلم فيحبسه عقوبة على ظلمه حتى اذا ثبت على المدعى عليه مال اما باقرار او بينة فالقاضي لا يحبسه ما لم يطلب المدعي حبسه خلافا لشريح ه ثم اذا ثبت الحق باقراره فالقاضي لا يحبسه في اول مرة بل يقول له اعطه حقه فان عاد اليه حبسه وان ثبت بالبينه يحبسه في اول مرة والفرق ان الحبس انما يجب باعتبار مماطلة الغني فاذا اقر لم يظهر مماطلته لان من حجة المقر ان يقول ظننت انك تمهلني فان ابيت اوفيتك حقك اما بالجحود ظهرت مماطلته وظلمه وظلمه ثم رده واما كيفيته فلا يحل ولا ينبغي للقاضي ان يضرب محبوسا في دين ولا غيره ولا يصفد ولا يقيد ولا يغل ولا يمد ولا يجرد ولا يقيمه في الشمس لان العقوبة على المماطله شرعت بالحبس لا غير لان المديون انما حبس حقه لا غير فيجازى بحبسه ليكون جزاؤه من جنس جنايته فاذا خاف القاضي على المحبوس في السجن ان يفر من حبسه حوله الى حبس اللصوص لان القاضي محتاج الى حفظه فاذا كان يخاف منه الفرار من السجن حوله الى سجن اللصوص الا اذا كان يخاف عليه منهم لما بينه وبين اللصوص عداوة وعرف انه لو حوله اليهم لقصدوه لا يحوله لان فيه اهلاكه ه والمحبوس في السجن لا يمنع من دخول اهله واقاربه عليه لانا متى منعنا اهله واقاربه من الدخول عليه ليقوموا بحاجته

حال عجزه عن الاقامة بنفسه ادى الى اتلافه والحبس لم يشرع للاتلاف ولان
المقصود من الحبس ايصال ذي الحق الى حقه واطلاق اهله في الدخول عليه ابلغ في
تحصيل هذا المقصود لانه يستعين بهم في قضاء ما عليه من الدين ه ويجعل للنسا
سجنا على حدة نفيا لوقوع الفتنة على ما قيل باعدوا بين انفاس النسا والرجال
ومتى حبسه القاضي يكتب اسمه ونسبه حتى يطالب السجان بتسليم ذلك
اليه والتعريف انما يحصل بالاسم والنسبه ويكتب اسم من حبس لاجله لانه لو لم
يكتب ربما يجي انسان اخر فادعى انه حبسه في دينه ويخرجه ويهرب من القاضي
والخصم جميعا ويثبت مقدار الحق عليه لانه ربما يجي المحبوس بمال قليل ويقول
للقاضي حبستني لهذا القدر من المال فيدفع الى القاضي ويهرب ويكتب التاريخ
فيكتب حبس فلان بن فلان بكذا وكذا درهما يوم كذا من شهر كذا من سنة
كذا لانه ربما يحتاج الى ان يسمع البينه على افلاسه وانما يسمع بعد مدة فلا
بد وان يعرف هل انقضت تلك المدة وانما يعرف بالتاريخ واما متى يحبسه
فانما يحبسه اذا عرف القاضي يساره من قبل او وجب الدين بدلا عما هو مال
كثمن متاع او بدل قرض حتى يحبس بما دخل في ملكه وزواله محتمل فيحبسه
لانه موسر امتنع عن ايفا ما عليه ه وان اختلفا فزعم الطالب انه موسر
وزعم المطلوب انه معسر ذكر الخصاف في ادب القاضي القول قول المطلوب
لان العسرة اصل في بني ادم فالمطلوب متمسك بالاصل والطالب يدعي امرا
عارضا وذكر في المبسوط القول قول الطالب لانه متمسك بما هو ثابت في
الاصل باتفاقهما وهو اليسار متى عرف يساره من قبل او وجب الدين بدلا
عما هو مال والمطلوب يدعي امرا حادثا وهو هلاك المال فيكون القول

لمن تمسك بالاصل واما اذا وجب الدين بدلا عما ليس بمال كالمهر وبدل
الخلع وغيرهما فقال المطلوب انا معسر وقال الطالب انه موسر فالقول
قول المطلوب في ظاهر الرواية فانه ذكر في النكاح لو اختلف الزوجان فقال
الزوج انا معسر وعلي نفقة المعسرين وقالت المراة لا بل انت موسر
وعليك نفقة الموسرين فالقول قول الزوج ونص في العتاق عبد بين شريكين
اعتقه احدهما فقال المعتق انا معسر لا سبيل لك علي وقال الساكت انك
موسر ولي ان اضمنك فالقول قول المعتق وذكر في كتاب الكفالة اذا مات
المحتال عليه فقال الطالب مات مفلسا وعاد الدين اليك وقال المحيل مات
موسرا فالقول قول الطالب وروي عن ابي حنيفه في النوادر القول قول الطالب
لان دعوى العسارة فيه تاخير المطالبة الى وقت اليسار بمعنى دعوى الاجل
ولو ادعى المطلوب الاجل في هذه الديون فانكر الطالب فالقول قول الطالب فكذا
هذا وجه ظاهر الرواية ان المطلوب متمسك بالاصل فان الفقر والعسرة
اصل في بني ادم والغنا عارض فكان الطالب مدعيا امرا عارضا والمطلوب
متمسك بما هو الاصل فيكون القول له بخلاف دعوى الاجل لان الاجل لا يثبت
الا بالشرط والشرط امر عارض فكان مدعي الاجل مدعيا عارضا
ودعوى العسارة وان كان بمعنى دعوى الاجل الا انه اجل يثبت من غير شرط
فكان بمنزلة دعوى الاجل في الكفالة لما كان يثبت في حق الكفيل من غير شرط
كان القول قول مدعي الاجل فكذا هذا واما متى يطلقه ذكر في الاصل
ويساله عنه بعد ما حبسه شهرين فان اخبره واحد ثقة اعساره
اخرجه من السجن والاثنان احوط وروى الحسن عن ابي حنيفه ما بين اربعة

اشهر الى ستة اشهر وذكر الطحاوي شهرا والصحيح ان هذا ليس بتقدير
لازم في مدة الحبس بل هو موكول الى راي القاضي ان شاء ساله قبل مضي شهر
اذا وقع في رايه ان مثل هذا الرجل لا يتحمل مرارة الحبس وشدته لو كان موسرا
وان وقع في رايه ان مثله قد يتحمل ذلك ويكتم المال ولا يظهره ساله عنه
واذا ثبت انه معسر يثبت النظرة الى الميسرة فلو استدام الحبس كان
حيفا وظلما ۞ فان اخبره عدل او اثنان باعساره قبل الحبس ففيه روايتان
رواية يقبل قوله ولا يحبسه وفي رواية الخصاف لا يقبل ويحبسه واليه ذهب
عامة مشايخنا وهو الصحيح لان الخبر لم يشرع حجة لابطال حقوق العباد
والحبس حق الطالب فلا يبطل حقه بمجرد الخبر بدون قرينة الصدق وبعد
الحبس انضمت الى الخبر قرينة الصدق وهو الحبس لان احتمال مرارة الحبس وشدته
وصغاره دلالة ظاهرة على صدق المخبر عن اعساره والخبر المفرد قد
يلتحق بالشهادة متى انضمت اليه قرينة لها اثر في تحقيق الصدق الا ترى ان
اقرار اثنين من الورثة على مورثه بالدين جعل بمنزلة الشهادة لانه انضم
الى الخبر ما له اثر في ايجاب الصدق وهو اقرارهما على انفسهما الا انه شرط
العدد في الورثة لان الحال حال منازعة وهنا لم يشترط العدد لان يكفي متى
انضم الى الخبر قرينة الصدق لان الحال ليس حال منازعة ۞ فان اقام الطالب
البينة انه موسر واقام المطلوب البينة انه معسر فالقاضي يقبل بينة
الطالب لان بينته مثبتة وبينة المطلوب نافية والبينات مشروعة
للاثبات لا للنفي ۞ ثم اذا اخرجه القاضي من السجن باعساره لا يمنع الطالب
من الملازمة اي الدوران معه وعن ابي حنيفة لا يلازمه لان الاعسار معنى

يوجب تاخير المطالبة لان المعسر مستحق للنظرة الى الميسرة فصار كما
لو استحق النظرة بالتاجيل فلو اجله صاحب الدين لا يمكنه الملازمة
فكذا هذا وجه ظاهر الرواية قوله عليه السلام لصاحب الحق اليد
واللسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ولان المال غاد ورائح
فربما يظهر له مال في كل ساعة فيلازمه بالنهار حتى اذا وقع في يده مال ياخذ
منه حتى لا يتلفه او يكتمه ولهذا قالوا لا يلازمه الليالي فان الليالي ليست
بوقت للكسب فلا يتوهم وقوع المال في يده في الليالي فالملازمة لا تفيد حتى لكون
لو كان الرجل يكتسب في الليالي يلازمه في الليالي هكذا قاله الفقيه ابو
جعفر ۞ واذا كان لرجل على امراة حق فالمدعي لا يلازمها لكن يبعث
معها امينا من امنائه من النساء جارية او امراة حتى يلازمها وذكر
الخصاف رجلا حبس عن ماله ثم غاب فساله القاضي عن المحبوس فوجده
معسرا ياخذ منه كفيلا ويخلي سبيله لانه ربما يغيب الطالب ويخفي نفسه
ويريد به ان يطول حبسه فيتضرر وياخذ منه كفيلا نظرا للمدعي حتى لا
يهرب فاذا حضر المدعي يلازمه ۞ ولو اراد المدعي ان يلازمه وقال المديون
احبسني كان الراي لصاحب الدين وله ان يلازمه لان كلاهما حقه وطباع
الناس في هذا مختلفة رب انسان يختار الحبس ورب انسان يختار الملازمة
فكان الخيار له نظرا له ۞ واذا مرض المحبوس مرضا اضناه فان كان له
خادم يخدمه لم يخرجه من الحبس لان الحبس مشروع ليضجر قلبه فيتسارع
الى قضاء الدين وبسبب المرض يزداد الضجر ويزداد مسارعته الى قضاء
الدين وليس في عدم الاخراج خوف الهلاك عليه لان المعالجة في السجن والمنزل

سوا وان لم يكن له من يخاصمه تخرجه من السجن لانه لو لم تخرجه خاف عليه
الهلاك والمستحق قضا الدين دون الاهلاك ۞ ولا تخرج المحبوس في الجمعه
والاعياد لانه تنعدم فايدة الحبس وهو الضجر متى خرج لحوايجه الدينيه
والدنياويه ۞ ولو جا غريم له آخر يطلب دينه فالقاضي يخرج المطلوب
من السجن حتى يجمع بينه وبين هذا المدعي لان ابطال حق الاول في الحبس ليصل المدعي
الي اثبات حقه مشروع لانه لا يلزم القاضي ان يذهب بنفسه الي السجن او يبعث
نايبا يسمع خصومة المدعا عليه لئلا يفوت حشمة القضا ولا تمكن في امره
تهمة فاذا اخرجه من السجن فاقام عليه بينة بما ادعى وعدلت قضي عليه
بالحق ثم يعيده الي السجن لانه يكتب في ديوانه اسمه فيحبسه ايضا مع الاول
حتى اذا جا الاول وقال استوفيت منه حقي فانه لا يخلي سبيله لمكان حق الثاني
ولو اقر المحبوس بالدين للثاني ان اقر قبل القضا عليه بالافلاس يصح لانه
قبل ان يفلسه القاضي لا يصير محجورا عن التصرف فيما في يده وان اقر بعدما
قضي عليه بالافلاس فكذلك عند ابي حنيفة وعندهما لا يصح في حق المال
الذي في يده ويصح فيما يستحدث من المال بعد ذلك بنا علي ان القضا با
لافلاس هنا قضا بالحجر عن التصرف في ماله وابو حنيفة لا يرى الحجر علي الحر
وهما يريان ذلك فالقضا بالتفليس حجر عندهما عن التصرف فيما في يده
حتى لا يتلف حق الغرما بتصرفه ۞ واما من يحبس ومن لا يحبس فلا يحبس
الابوين والجدين والجدتين الا في النفقة بوارثهما لقوله تعالى وصاحبهما في
الدنيا معروفا وليس الحبس من المعروف ولان في الحبس نوع عقوبه ابتدا
للوالد ولا يجوز ان يعاقب الوالد ابتدا بعقوبة حق علي الولد كالقصاص بخلاف

الحبس للنفقة لانها عقوبة وجبت لدفع الهلاك عن الولد لان في تركها
اهلاك الولد وتجوز ان يعاقب الوالد لدفع الهلاك عن الولد كما لو صال
الاب علي الولد كان للولد دفعه بالقتل لانه يتضمن دفع الهلاك عن نفسه
فكذا هذا ۞ ويحبس الاب والوكيل والوصي بدين علي الصغير الي ان يظهر ان لا
مال للصغير لان قضا دين اليتيم واجب عليهم وقد امتنعوا عن ايفا دين
واجب عليهم مع القدرة علي ايفايه ۞ واذا حبس الكفيل بامره او لوزم
له ان يحبس المكفول عنه او يلازمه ليخلصه عنه لان ما لزم الكفيل من جهة
الطالب كان علي المكفول عنه خلاصه لانه لما كفل بامره فهو الذي
اوقعه فيه فعليه خلاصه ولهذا يرجع الكفيل بما ادى عن الاصيل
فيحبسه او يلازمه ليودي المال الي الطالب فيتخلص عما لزمه من جهة
الاصيل ۞ ويحبس المولى المكاتبه وعبده الماذون لان هذا الحبس وجب
لدفع الهلاك الحكمي عن المكاتب وهو الرق فان المكاتب لا يعتق الا
بالادا ولا يقدر علي الادا الا بالمال والعبد الماذون لا يقدر علي تفريغ
رقبته عن الدين الا بالمال وفي شغل رقبته بالدين اهلاكه معنى وكان
في حبس المولى دفع الهلاك عنهما معنى فيشرع كما في حبس الوالد لنفقة
الولد ۞ ولا يحبس له لانه امكنه ايصال المولى الي حقه من غير حبس لان
المكاتب متى امتنع عن ادا بدل الكتابه كان للقاضي فسخ الكتابه عليه
فيصل اليه الرقبه ووصول الرقبه كوصول بدل الكتابه وبخلاف دين آخر
فانه يحبس المكاتب به للمولى لان المكاتب متى امتنع عن ادا دين آخر سوى
بدل الكتابه ليس للقاضي ان يفسخ الكتابه عليه فالقاضي لا يقدر علي

ايصال المولى الحقه الا بالحبس فكان له ان يحبسه ولا يثبت للمولى على عبده
المأذون المديون دين صحيح فلا يحبس له ۞ ولا يحبس العاقلة في الدية والارش
ان كانت لهم اعطية في مال بيت المال بل يعطى من اعطياتهم لان الدية
تستوفى من العطايا وانه في يد الامام وان لم تكن لهم عطايا بان كانوا من اهل
البادية يحبسوا لان القسامة تجب مستحق عليهم لولي القتيل فاذا امتنعوا من
الايفاء مع القدرة يحبسون ۞ ولا يحبس الغلام المراهق الذي لا اب له ولا
وصي ان استهلك مال الرجل ولكن ينصب القاضي وكيلا عنه يؤدي دينه
لان القاضي وليه قادر على اداء دينه بنفسه او بنايبه ۞ وللقاضي ان يحبس الصبي
التاجر على وجه التاديب لا على وجه العقوبة حتى لا يماطل حقوق
العباد فان الصبي يؤدب لينزجر عن الافعال الذميمة ولا يعاقب والله اعلم

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشهادات

يحتاج الى معرفة كون الشهادة وانواعها حجة وتفسيرها لغة وشريعة
وركنها وشرط جوازها وحكمها شريعة اما كونها حجة لقوله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم
وقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر ولان الشهادة
لو لم تشرع حجة ما توصل ذو حق الى اثبات حقه قبل عنه حالة التجاحد
والتناكر لانه عجز عن اثبات حق لما يوجب على يقين واحاطة وهو الوحي لانه
منقطع وعجز عن اثبات حقه حجة لانه متهم فيه لانه يجر الى نفسه نفعا ومغنما
وخبر الشاهد صدر لا عن تهمة وعرى عن عوض ومنفعة فيفيد غلبة الظن
وطمانينة القلب فصارت الشهادة حجة ضرورة احيا للحقوق واما

تفسيرها لغة فالشهادة في اللغة ضد الغيب والخفية لانها ماخوذة من
المعاينة اي يعلم ما كان معاينا ومشاهدا له وفي الشريعة عبارة عن
الاخبار عما شاهد وعاين بلفظة الشهادة في مكان مخصوص وهو مجلس
القضا واما ركنها فقول الشاهد اشهد ان لفلان على فلان كذا لان الشهادة
تقوم به واما شرط جوازها على الخصوص فمجلس القضا حتى لا تصح الشهادة
الا في مجلس القضا الماثر واما حكمها فثبوت المشهود به اذا اتصل
به القضا واما انواعها فثلثة شهادة الفرد وشهادة المثنى وشهادة
الاربع اما شهادة الفرد فليست حجة فيما يطلع عليه الرجال لان الله تعالى
شرط شهادة اثنين في الحقوق التي يطلع عليها الرجال لقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم ولان قول المثنى ابعد عن التهمة واقرب الى الصدق والطمانينة
وتقبل شهادة امراة حرة مسلمة فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والثنتان
احوط والثلث احب وقال مالك رحمه الله تشترط اثنتان وقال الشافعي
رحمه الله تشترط اربعة والصحيح قولنا لما روي عن النبي عليه السلام
انه اجاز شهادة القابلة ولان شهادة من على الانفراد فيما لا يطلع عليه
الرجال جعلت حجة ضرورة احيا للحقوق لانه لو لم تجعل حجة لضاعت
الحقوق المتعلقة بما لا يطلع عليه الرجال والقياس ان يكون شهادة الفرد
حجة تامة كما في باب الديانات لرجحان الصدق في خبره باعتبار عقله ودينه
الا انه جعل العدد شرطا فيما يطلع عليه الرجال نصا لا قياسا ففي هذا على
قضية القياس مع ان هنا مست الضرورة الا انه لا يشترط العدد كيلا يكثر
النظر الى العورة وهل يشترط لفظة الشهادة قال مشايخ خراسان تشترط لان

لان هذه شهادة محضة لانها توجب على غيره حقا لا على نفسه وقال مشايخ
العراق لا يشترط لان هذا خبر لم يشترط لقبوله العدد فلا يشترط لقبوله لفظة
الشهادة وفي بعض روايات المبسوط ولا تقبل في ذلك شهادة رجل واحد
وقد اختلف المشايخ فيه قيل تقبل لانه تقبل فيه شهادة امراة واحدة فلان
تقبل شهادة واحد اولى ولا انه يفسق بالنظر الى ما لا يحل لانه يشكل فلو شهد
على ذلك رجل وامراتان او رجلان تقبل وقيل لا تقبل لان شهادة امراة واحدة
انما جعلت حجة باعتبار الضرورة والضرورة اندفعت بشهادتهما فلا حاجة
الى جعل شهادة الرجال حجة في ذلك ۞ وفي الاستهلال لا تقبل شهادة المراة
الواحدة الا في حق الصلوة عليه عند ابي حنيفة وعندهما تقبل في حق الميراث
ايضا لهما ان الرجال لا يحضرون حالة الولادة عادة فمست الحاجة الى
جعل شهادتهن حجة في حق ثبات النسب واستحقاق الميراث ضرورة
احيا الحقوق وله انه يحل للرجال سماع صوته فلا ضرورة الى جعل
شهادتهن حجة في حق ثبات النسب واستحقاق الميراث ۞ ولو جاءت المعتدة
بالولد وشهدت القابلة بالولادة ان كان الحبل ظاهرا او اقر الزوج به
تقبل ويقضى بنسب الولد منه حتى يرث منه بالاجماع وان لم يكن الحبل ظاهرا
ولا اقر الزوج لا تقبل عند ابي حنيفة حتى لا يثبت النسب ولا يرث وعندهما
تقبل لهما ان ولادة المعتدة متى ثبت ظهر ان النسب كان ثابتا بالنكاح
الماضي لا انه ثبت بالولادة ابتداء فكان في قبول شهادتها اظهار نسب ثابت
قبل الولادة فقبلت كما في حال قيام النكاح او كان الحبل ظاهرا وله ان سبب
ثبات النسب هو النكاح وانه مما يطلع عليه الرجال وشهادتهن فيما يطلع

عليه الرجال لا تقبل الا اذا ايدت بمؤيد فمتى كان النكاح قائما او كان
الحبل ظاهرا فقد تايدت شهادتهن بمؤيد فقبلت على النسب ومتى لم يكن النكاح
قائما ولا الحبل ظاهرا لم يتايد بمؤيد فلم تقبل واما شهادة المثنى فشهادة
رجلين عدلين مقبولة في جميع الاحكام الا في الزنا وشهادة رجل وامراتين
مقبولة في جميع الاحكام الا في الزنا وشهادة الحدود والقصاص وقال الشافعي
لا تقبل الا في الاموال وتوابعها والصحيح قولنا لان المراة ساوت الرجل فيما
بنى عليه اهلية الشهادة وهو القدرة على المشاهدة والضبط والحفظ
والاداء لوجود القدرة وهو العقل المميز المدرك واللسان الناطق المعبر
فتعتبر شهادتهن حصول غلبة الظن وطمانينة القلب بصدق الشهود
بخلاف شهادة النسا وحدهن لا تقبل لان غلبة الظن يحصل بخبرهن لكن
الشرع لم يعتبرها حجة لانهن منهيات عن البروز والخروج لما فيه من سبب
الفتنة والفساد وسبب الفساد يجب نفيه واعدامه فوجبت الذكورة
في احد شطري الشهادة حسما لمادة الفساد بقدر الممكن ۞ ولا تقبل
شهادة النسا في الحدود والقصاص لما روى الزهري انه قال مضت السنة
من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين من بعده ابي بكر وعمر رضي الله عنهما
ان لا شهادة للنسا في الحدود والقصاص ولانه تمكنت في شهادتهن شبهة
قصور من حيث غلبة السهو والنسيان والحدود لا تثبت مع الشبهات
والمال يثبت مع الشبهات ۞ ولا تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود خلافا
للشافعي لان فيها تهمة الكذب وزيادة الاولى في الشهادة على الشهادة تمكنت من
وجهين من جهة الفروع ومن جهة الاصول لان كل واحد منهما غير معصوم

عن الكذب فكانت شبهة الكذب في هذه الشهادة اكثر فلم يثبت كما ما بني على
الدرء بالشبهة واما شهادة الاربع فلا تقبل في الزنا شهادة اقل من اربعة
لان الله تعالى خص الزنا باربعة شهدا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن
اربعة منكم الاية ولان ستر الفاحشة وكتمانها واجب والاشاعة والاظهار لها
محظورة لقوله عليه السلام من اصاب من هذه القاذورات شيا فليستتر
بستر الله والزنا افحش الفواحش واقبحها فيكون ستره اوجب واشاعته
في الحظر اكد والشرع تعلق ظهوره بزيادة العدد في الشهادة احتيالا
للستر وتحرزا عن الاشاعة لانه قل ما يتفق الوقوف في الزنا وهو الايلاج
للجماعة

باب من تجوز شهادته ومن لا تجوز

الاصل فيه ما روى الخصاف باسناده عن عائشة رضي الله عنها عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد
لوالده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا السيد
لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استاجره وكل هذا مذهبنا
ولا تجوز شهادة الوالد لولده وولد ولده وان سفلوا ولا شهادة الولد لوالديه
ولاجداده وان علوا ولا لامه وجداته وان علون لان هذه شهادة تمكنت
فيها تهمة الكذب والميل لان منافع الاملاك بينهما متصلة عرفا وشرعا
ايضا لا يمنع وضع الزكاة فيه فيحمله على الكذب باعتبار اتصال منافع
الاملاك ويتهم بالميل اليه باعتبار وفور الشفقة في حقه ○ ولا تجوز شهادة
احد الزوجين لصاحبه خلافا للشافعي لان هذه شهادة لا تعرى عن التهمة
لان بهذه الشهادة يظهر معنى الملك لنفسه وهو اطلاق الانتفاع بمال صاحبه

لان كل واحد منهما مطلق الانتفاع بملك صاحبه عادة فيجر الى نفسه نفعا
ومعنا فيكون في نفسه متهما ○ وتجوز شهادة الاخ لاخيه واخته لان
التهمة بينهما منتفية لظهور التحاسد بينهما ولعدم اتصال منافع الاملاك
وتعذر القراين الحاملة على الميل والكذب ولا تقبل شهادة محدود في قذف
وان تاب خلافا للشافعي وتقبل شهادة المحدود فيما سواه كالزنا والسرقة
ونحوهما لان المحدود في القذف ورد نص خاص بالنهي عن قبول شهادته
وهو قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا نهى عن قبول شهادة الذين
رموا على سبيل التابيد لانه لا يتصور الشهادة حالة الرمي لانهما فعلان
مختلفان لا يمكن التلفظ بهما في حالة واحدة وبعد التوبة هو من الذين
رموا فيتناوله النص وما علاه لم يرد النهي عن قبول شهادته وانما لا تقبل
شهادته لاجل الفسق وبالتوبة ارتفع الفسق ○ ولا تجوز شهادة الاعمى
والاخرس وقال مالك تقبل شهادة الاعمى في المسموعات دون المعقولات
وقال زفر والشافعي تقبل فيما تحل الشهادة بالشهرة والتسامع كالنسب
والموت والنكاح والصحيح قولنا لان الاعمى لا يعاين ولا يشاهد وبنا
الشهادة على المعاينة والمشاهدة لقوله عليه السلام للشاهد اذا علمت
مثل الشمس فاشهد والا فدع ولانه تمكنت التهمة في شهادته لانه متى لم
يعاين المشهود له والمشهود عليه لا ينقطع الشركة بينهما وبين غيرهما
في الاسم والنسبة فتتمكن في شهادته تهمة الكذب واما الاخرس فلان عدم
نطقه الشهادة لا تقوم مقام الشهادة فكذلك الاشارة لا تقوم مقام
العبارة مع ان في الاشارة تهمة المغالطة ○ وان عمي بعد التحمل وكذلك

عندهما وعند ابي يوسف والشافعي تقبل لان التحمل قد صح لوجود المعاينة
والمشاهدة فهو من اهل الاداء لوجود القدرة وهو النطق والعبارة
لنا ان في الاداء يحتاج الى التمييز بين الخصمين والاشارة اليهما وفي
تمييزه تصور الخلاف والغلط ويمكن الاحتراز عنه في الجملة فيجب اعتبار
الاشارة الى الخصمين تحرزا عن الالتباس كالبصير اذا ادى الشهادة من
وراء الحجاب بالاسم والنسبة لا تقبل للاشتباه والالتباس وكذا هذا لا تقبل
الشهادة على الميت لان الاحتراز عن ذلك غير ممكن لصاحب الحق فقام
الاسم والنسبة مقام الاشارة فالحاصل ان العمى اذا وجد في احدى هذه
الاحوال الثلثة حالة التحمل وحالة الاداء وحالة القضاء يمنع صحة القضاء
عندهما وعند ابي يوسف لا يمنع الا في حالة التحمل والموت بعد الاداء
قبل القضاء لا يمنع والخرس والفسق والجنون وغيرها من اسباب الجرح
يمنع القضاء بكل حال ● ولا تقبل شهادة الفاسق الا اذا كان فاسقا
معروفا بالتجنب عن الكذب تقبل لان الفاسق لا يبالي من ان يميل الى الكذب
ولا يجتنب عنه عادة فيمكنت فيه زيادة تهمة يمكن الاحتراز عنه حتى اذا
علم القاضي انه صدوق اللسان يقبل شهادته ثم الاصل ان الانسان انما
يصير فاسقا بزوال العدالة والعدالة انما تزول بارتكاب الكبيرة ولا
تزول بارتكاب الصغيرة الا ان يصر عليها لان الانسان قد يجتنب عن
الكبائر ولا يجتنب عن الصغائر لانه قل انسان يجتنب عن الصغائر فلو
زالت العدالة بارتكاب الصغيرة لانسد باب الشهادة الا ان يصر عليها
لان الصغيرة تصير كبيرة مع الاصرار عليها لقوله عليه السلام لا صغيرة

مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار ثم الحد الفاصل بين الصغيرة
والكبيرة ان الكبيرة ما كان حراما محضا كاللواطة والزنا وشرب الخمر
والسرقة والقتل بغير حق واكل مال اليتيم والصغيرة ما لم يكن حراما
محضا كالغمزة والقبلة والنظر بشهوة وشرب المسكر سوى الخمر واكل
الربوا ● ولا تقبل شهادة آكل الربوا اذا ادمن عليه وكذا مدمن الخمر والسكر
لان اكل الربوا ليس بحرام محض لان عقد الربوا مفيد للملك بعد اتصال
القبض به والملك مبيح فلم يكن حراما محضا وكان ناقصا في كونه كبيرة فصار
كالملحق بالصغيرة فشرط فيه الادمان لهذا وشرب الخمر وان كان
حراما محضا الا ان الانسان قد يقع في شربه مرة فمن داوم على شربه فهو
مقيم مصر على المعصية واذا لم يداوم عليه فهو تائب نادم على ما فعل
مستغفر لما صنع وحكى ابو بكر الرازي عن الكرخي ان من ياكل في السوق بين
يدي الناس او يمشي في السوق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لانه
تارك للمروة وترك المروة والحشمة علامة عدم المبالات بامور الشريعة
وفي المنتقى ولا تقبل شهادة من جلس مجالس الفجور والمجانة على الشراب
وان لم يسكر وكذا لا تقبل شهادة من يتهم بالفسق والفجور ويظن ذلك به لقوله
عليه السلام لا شهادة للمتهم ● ولا تقبل شهادة من يلعب بالحمام ويطيرهن
لان اللعب معصية لقوله عليه السلام كل لعب حرام وانما ثبت له هذا
الاسم بالاصرار عليه والصغيرة بالاصرار تصير كبيرة وروى ابن سماعة
عن ابي يوسف اقبل شهادة من يطير الحمام مقصصة ولا ابقا من بهاها ومن
لعب بالنرد والشطرنج والاربعة عشر فيشغله عن الصلوة وفاتت

عليها واكثر الحلف عليها بالباطل والزور لا تقبل شهادته ○ ولا تقبل شهادة

المغنية

المغني وكذا النائحة لان الغنا والنياحة معصية لقوله عليه السلام لعن الله
المغنيات والنائحات وهذا الاسم انما يثبت للمصر ولانه يكون سخيفا
في العادة معلن بالمعصية وكذا تارك الجمعة والجماعة مجانة لا سهوا
لان حضور الجمعة فرض والجماعة وان كانت سنة موكدة الا انها ملحقة
بالفرايض حتى لو تركها اهل بلدة جاز للامام المقاتلة معهم لانها من شعاير
الاسلام وخصايص الدين فصار تركها معصية ثم اختلفوا قيل ما لم
يترك الجمعة ثلث مرات رغبة عنها لا يمنع قبول شهادته لان الثلث
ادنى الجمع وليس لما زاد عليها غاية وقيل اذا تركها مرة لا تقبل شهادته
وهكذا ذكر الخصاف فاما اذا تركها بعذر كالمرض وبعده من المصر
او نحوا وبان كان يفسق الامام او يتهمه ببدعة لا ترد شهادته لانه
في الوجه الاول معذور وفي الثاني يصير صاحب هوا وشهادة صاحب
الهوا تقبل اذا كان عدلا في التعاطي ○ وتقبل شهادة اصحاب الاهوا
سوى الخطابية خلافا لمالك لانه مسلم عدل في تعاطيه لانه امتنع عن محظور
دينه وما وجد من فسق الاعتقاد لا يدل على شهادة الزور لانه اعتقده
مباحا بل لا يدل على شهادة الزور التي يعتقدها حراما في دينه كشهادة
الكافر على الكافر وليس كالخطابية لان الخطابية قوم من الروافض يستجيزون
اداء الشهادة بالزور المسفا قال ابو يوسف لا اجيز شهادة من شتم
اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لان هذا جور وسفه الا ترى انه
لا يفعل ذلك الا السقاط والاوضاع والاراذل من الناس وشهادة المخنث

لا تقبل واقبل شهادة الذين يسبون امتهم لان هذا منهم يدين لانهم يعتقدونه
دينا وان كانوا على باطل لانه لم يظهر فسقهم وكذا لا تقبل شهادة الشاتم
للناس والجيران لانها معصية كبيرة ومن سالت عنه فقالوا انهم
يشتم اصحاب رسول الله فاني لا اقبل قولهم واجيز شهادته لان هذا يورث
تهمة الكذب والفسق والاول لا يورث تهمة الكذب ما لم يسمع يشتمه
ولا تقبل شهادة المخنث اراد بالمخنث مخنثا الحرفه الرجل باختياره لا خلقة
لان المخنث معصية لقوله عليه السلام لعن الله المونث من الرجال والمذكرات
من النساء ○ ولا تقبل شهادة النخاسين والدلالين لانهم يحلفون ويكذبون
ولا يبالون لذلك فاما من كان عدلا منهم لا تسقط عدالته وشهادته
بسبب الحرفة وكذا شهادة العوان الذي ياخذ بغير حق لان الاخذ بغير
حق يكون ظلما وفسقا ○ وشهادة اهل الصناعات اذا كانوا عدولا
قال بعض العلما لا تجوز لكثرة خلفهم في الوعد وكثرة ما يجري الايمان
الفاجرة بينهم وقال عامة العلما تجوز لان المجوز العدالة وقد وجدت
وقامت العدالة دلالة على الصدق في المقالة بالشهادة والخلف في
الوعد للمدافعة لا لتحقيق الكذب في المقالة الا اذا اعتادوا ذلك
فلا تقبل ○ وشهادة بايع الاكفان لا تقبل قيل هذا اذا ترصد لذلك العمل
لانه حينئذ يتمنى الموت والطاعون اما اذا كان يبيع الثياب هكذي
للتجارة ويشتري منه الكفن تجوز شهادته ○ وشهادة القروي والاعرابي
لا تجوز عند بعضهم لكثرة الجهل فيهم في امور الشريعة وعند عامتهم تجوز
اذا كان عدلا عارفا بكيفية الشهادة تحملا واداء وعن ابن عباس قال لا

تجوز شهادة الاقلف ولا تقبل له صلوته ولا تؤكل ذبيحته وعند عامة
العلماء تجوز شهادته وتؤكل ذبيحته لان ترك السنة لا توجب الفسق اذا
لم يكن الترك رغبة عن السنة حتى لو ترك الختان راغبا عن السنة لا تقبل شهادته
واباحة الذبيحة لعمد ملة التوحيد وقد وجدت • وفي نوادر ابن رستم
قال محمد في رجل اعجمي صوام قوام مغفل يخشى عليه ان يلقن فياخذ به قال هذا
شر من الفاسق في الشهادة وروى ابن ابي مالك عن ابي يوسف اجيز شهادة
المغفل ولا اجيز تعديله لان التعديل يحتاج فيه الى الراي والتدبير والمغفل
يستغفل فياخذ به من غير علم وتمييز • ولا تقبل شهادة من عرف
بالمجانة قبل المجانة من شتم اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل من
تنسبه لبعض احواله واقواله بالمجانين • ومن يجن ساعة ويفيق ساعة فشهد
في حالة الصحة تقبل شهادته لان ذلك بمنزلة الاغماء والاغما لا يمنع قبول
الشهادة وقدر بعض مشايخنا في جنونه يوما او يومين حتى لو جن يوما او
يومين ثم افاق فشهادته جايزة في حالة الصحة • باب

شهادة دافع الغرم وجالب المغنم

اصله ان كل شاهد جر
مغنما او دفع مغرما لم تقبل لانه تمكنت فيها تهمة الكذب لوجود دليل
التهمة وشهادة المتهم مردودة لقوله عليه السلام لا شهادة للمتهم
ولانه يخل بالصدق ولانه يصير به ذا عرض في الشهادة لانه يجر الى نفسه
نفعا ومغنما فلا يفيد رجحان الصدق في خبره • وشهادة المستاجر للاجر
بالمستاجر والمستعير للمعير بالمستعار لا تقبل لانه يجر الى نفسه مغنما لانه
يظهر معنى الملك لنفسه وهو ملك الانتفاع • وشهادة الاجير الخاص

لاجير المياومة والمشاهرة لا يقبل لمن استاجره وشهادة
الاجير العام كالاجير المشترك مثل الخياط والصباغ والقصار
تقبل لمن استاجره والفرق بينهما ان الاجير الخاص يستحق الاجرة
بمجرد تسليم نفسه الى مستاجره وان لم يستعمله المستاجر فكان
حال ما شهد له يستحق الاجرة عليه فكان في المعنى كانه استاجره
للشهادة ولا كذلك الاجير المشترك لانه لا يستحق الاجرة الا بالعمل
وحين شهد غير مشغول بعمل الاجارة فلا يستحق الاجرة ولان الغالب
من الاجير الخاص الميل الى الاستاذ والمناضلة عن استاذه فتمكنت
في شهادته تهمة يمكن الاحتراز عنها ولا كذلك الاجير المشترك قال
ابو حنيفة في المجرد لا ينبغي للقاضي ان يجيز شهادة الاجير لاستاذه ولا
الاستاذ لاجيره ولا تقبل شهادة الشريك المفاوض فيما سوى الحدود
والقصاص والنكاح لانه لا شركة بينهما في هذه الاشيا وفيما عداها له
شركة في المشهود به فكان شاهدا لنفسه من وجه فتمكنت فيها التهمة
ولا تقبل شهادة شريك العنان في تجارته شاة في يدي رجل قال لاخر
اذبحها فذبحها فاقام رجل شاهدين احدهما الذابح ان ذا اليد
اغتصبها منه لا تقبل شهادة الذابح لانه يدفع عن نفسه مغرما لان
الذابح ان لم يكن عالما بكون الامر غاصبا وقت الذبح فمتى اختار الشهود
له تضمين الذابح يرجع بما ضمن على الامر متى جازت شهادته فيكون دافعا
مغرما وان كان عالما بكون الامر غاصبا ان لم يكن له حق الرجوع ولكن
للمشهود له خيار التضمين يضمن ايهما شا وفي التخيير نوع تخفيف
للذابح لانه ربما لا يختار المشهود له تضمينه فكان دافعا مغرما معنى

ولو شهد ابنا البايع او ابواه ان الشفيع قد طلب الشفعة من المشتري
والدار في يدي المشتري ينكر ذلك لا تجوز شهادتهم لانهم يبعدون
الدرك عن البايع الا ترى ان لو استحقت الدار من يد المشتري يرجع
بالثمن على البايع ولو استحقت من يد الشفيع لا يرجع بالثمن على البايع
وانما يرجع به على المشتري ثم هو يرجع على البايع شهد رجلان ان
لهما ولفلان الف درهم على فلان لم تجز شهادتهما لان المشهود به
مشترك بينهما فصارا شاهدين لانفسهما في البعض فبطل بعض
الشهادة فيبطل الباقي لان نصيب فلان لا يمتاز من نصيبهما
حتى لو نصا على قطع الشركة بان شهدا ان لفلان عليه خمس مائة
وجبت عليه بسبب على حدة ولنا عليه خمس مائة وجبت بسبب على
حدة تقبل شهادتهما في حق فلان لانه لا شركة لهما فيما شهدا لفلان
قال عبد الله هذا الذي في يد زيد كان لعمرو واودعه زيد فردته
عليه ثم ادعى احد ورثة عمرو العبد فشهد له عبد الله به ان علم الاندفاع
والرد من جهة اخرى قبلت شهادته وان لم يعلم لا تقبل لان الرد
متى كان ظاهرا فلم يدفع عن نفسه مغرما لانه لا ضمان عليه ومتى لم
يكن الرد ظاهرا فقد دفع عن نفسه لانه ربما يجي مستحق اخر لهذا العبد
ويقيم البينة انه ملكه كان للمستحق ان يضمن عبد الله لاقراره ان العبد
كانت في يده وانه كان مودع الغاصب في حق المستحق وبهذه الشهادة يدفع
هذا الضمان عن نفسه لانا متى قبلنا شهادته وقضينا بالعبد لوارث عمرو
لا يكون للمستحق تضمين عبد الله لانه وصل الى وارث الغاصب فبرئ مودعه
عن الضمان زوج الوكيلان او الوليان امراة ثم شهدا على زوجها انه طلقها جازت شهادتهما
لانهما

لانهما لم يسعيا في نقض عقد قد تمماه وانما شهدا بتصرف مبتدا على
الزوج بعد النكاح فيقبل كالوكيلين بالشرا اذا شهدا على موكلهما بالا
لاعتاق بعد الشرا تقبل فكذا هذا **النوادر** لو استاجر دارا شهرا
وسكن الشهر كله ثم ادعى رجل الدار فشهد المستاجر واخر معه له فالقاضي
يسال المدعي عن الاجارة اكانت بامره او بغير امره فان قال كانت بامري لم يقبل
شهادة المستاجر لانه مستاجر شهد بالمستاجر للاجر وان قال كانت بغير امري قبل
شهادته لانه ليس بمستاجر في حقه ولو لم يسكن الشهر كله لم تجز شهادته وان
لم يدع المدعي ان الاجارة كانت بامره ولو شهد المستاجران على المدعي للدار
لاجرهما باثبات الاجارة او لانسان اخر على المواجر بفسخ الاجارة قال ابو حنيفة
جازت شهادتهما سوا كانت الاجرة رخيصة او غالية لانهما يشهدان باثبات
الاجرة للاجر بالملك في المستاجر له وقال ابو يوسف شهادتهما في فسخها لانهما
يدفعان عن انفسهما الاجرة وان كانا ساكنين في الدار بغير اجر جازت شهادتهما
ثلثة نفر قتلوا رجلا عمدا فشهد اثنان منهم لواحد على الولي انه قد عفا عنه
قال محمد هو جايز لانهما شهدا على فعل غيرهما وقال ابو يوسف هو باطل لانهما
بهذه الشهادة يجران الى انفسهما مغنما وهو سقوط القصاص عنهما وانقلابه
مالا بعفو الولي عن احدهم وكذلك لو لرجل على اربعة نفر مال فشهد اثنان للاثنين
انه قد ابراهما من المال قال محمد هو جايز وقال ابو يوسف هو باطل رجل وكل ثلثة
نفر معا لقبض ماله فشهد اثنان على الثالث بالقبض وهو جاحد لم تجز شهادتهما
ولو وكل كل واحد منهم بقبضه على حدة جازت شهادتهما على الثالث بالقبض
والفرق انه اذا جمعهم في الوكالة كان للشاهدين ان يسعا القابض بشي مما قبض

فيكون في ايديهما حتى يدفعوه الى الموكل فيجران بشهادتهما منفعة القبض الى انفسهما
ولا كذلك اذا لم يجحدهم في الوكالة لانهم ليسوا شركا في الوكالة د المقضي له
بالدين في تركة الميت اذا شهد لورثة الميت بحق للميت على رجل لا يجوز لانه يجر
بهذه الشهادة الى نفسه مغنما وهو انه يتعلق حقه بهذا المال ه ثلثة لهم دين
على رجل فشهد اثنان على الثالث انه قد ابراه من حصته لا يجوز لانهما يدفعان
عن انفسهما شركته اذا قبضا حصتهما وهو بمنزلتهما لو قبضا قال محمد ان كانا
قد قبضا حصتهما فشهادتهما جايزة لانهما لا يدفعان عن انفسهما شركته ه
اقتسم الشركا ارضا بينهم فصار في يد كل واحد منهم حصته ثم شهد بعضهم على
واحد منهم انه اقر بما في يده لفلان لا تقبل لانه يريد ان يخرج ذلك من يده لئلا
يرده بالعيب فيسلم له نصيبه الذي اخذ بالقسمة كما لو شهد البايع ان المشتري
اقر بالمبيع لفلان لا تقبل فكذا هذا وذكر الجرجاني في الاحاد شهد رجلان من
الورثة لرجل انه ابن الميت وهو وارث معهما جازت لان هذه الشهادة تتضمن
اثبات المشاركة فيما ورثاه عن ابيهما فينتقص بها ما يستحقانه من الارث فلم تجز
شهادتهما مغنما بل ضررا او مغرما ه رجل مات وترك اربع بنين والف درهم
فاقتسموها ثم جاءت جنة الميت معروفة تطلب حقها فشهد اثنان من الورثة
ان التركة الفا درهم وشهد اثنان ان التركة الف درهم لا تقبل شهادة الاثنين
على الالف لانهما يدفعان عن انفسهما الزيادة التي حصلت في ايديهما بشهادة
الاثنين الاخرين فصير ذلك تهمة في دفع المشاركة ه رجل مات ولا يعرف له
ولد فشهد اثنان لرجلين انهما ابنا الميت وادعى الشاهدان ايضا انهما ابنا الميت
وصدقهما المشهود لهما لم تقبل شهادتهما لان هذه الشهادة تتضمن جر منفعة

لانهما يشهدان في مال مشترك ليتوصلا الى تصحيح حقهما بقول من صح تصديقه
بشهادتهما ه وذكر علي بن جعد عن ابي يوسف لو كانت الورثة صغارا
وكبارا فقاسم الكبار ودفعوا نصيب الصغار الى رجل ثم شهدوا انه وصي
الميت لم تجز شهادتهم لانها تضمنت جر منفعة وهو تصحيح قسمتهم في حق
الصغير والقسمة من عقود التمليكات كالبيع فصار كانهم شهدوا لانفسهم
د ولو شهدوا قبل القسمة جاز وجعله الحاكم وصيا ه ولو شهد اثنان ان
فلانا اوصى بثلث ماله لفلان وفلان الميت والميت ابن الشاهد جاز والثلث
كله للحي عندهما وعند ابي يوسف للحي النصف لان الموصى اذا لم يعلم بموت
احدهما فقد قصد ايجاب نصف الثلث للحي فلا يجوز ايجاب جميعه للحي
لهما ان ايجاب الوصية بالثلث للحيين ولكل واحد منهما على حده
بدليل انه لو مات احدهما قبل موت الموصي يتفرد الحي باستحقاق جميع الثلث
وانما ينصرف بين الحيين باعتبار المزاحمة فاذا لم تثبت بالميت المزاحمة لعدم
اهليته استحقاقه تفرد الحي باستحقاق جميعه د ولو شهدا انه اوصى
لهذا الحي والميت بالف درهم لم يجز ه وفي نوادر ابن سماعة عن محمد
اذا شهد ابنا البايع ان الشفيع سلم الشفعة للمشتري جاز ولو شهدا
ان المشتري سلمها للشفيع لم يجز لانهما يخرجان اباهما من رجوع المشتري
عليه بعيب او عيوب وصار كالبايع اذا شهد على المشتري انه باعه من غيره
او اعتقه لم يجز لان شهادته اسقط استرجاع الثمن منه فكان دافعا
مغرما عن نفسه ه اشترى عبدين فاعتقهما ثم اختلف البايع والمشتري
في مقدار الثمن فشهد المعتقان بالثمن لم تقبل لانهما يشهدان على ثمن انفسهما

ولو شهد الشفيعان بايفاء الثمن او بابراء البايع من الثمن تقبل لانهما شهدا على فعل
غيرهما ولم يجرا الى انفسهما مغنما ۞ ولو باع جارية من رجل وتبرا من عيوبها
وتقابضا ثم ادعى رجل انه اشتراها من المشتري او ادعى المشتري انه باعها
من رجل فشهد له البايع بذلك لم يجز ولو شهد المودع او المستعير او
المستاجر للمدعي قبل الرد لم يجز ولو شهد المرتهن لا يجوز والفرق بينهما
انه ليس للمودع والمستعير والمستاجر ان يردها على صاحبها قبل انقضاء
المدة فكان فيها نفع العقد فيدفع بشهادته ضمان الاجرة او ضمان الرد
فكان دافعا مغرما فاما المرتهن فله ان يرد الرهن على الراهن قبل استيفاء
الدين فلم يتضمن شهادته دفع مغرم ولا جر مغنم ۞ ولو شهد المودع او
المستاجر لعبد الوديعة والمستاجر ان مولاه اعتقه او دبره او كاتبه
والعبد يدعي ذلك جاز ولو شهد ببيعه لا يجوز لان البيع خروج من ملكه الى
ملك غيره فكان شهادة باثبات الملك لغيره والعتق ازالة ملكه واسقاطه
فكان شهادة بالحق للعبد ۞ ولو كان المبيع عبدا فشهد البايعان على المشتري
انه باعه لم يجز ولو شهد ان مولاه اعتق او دبره او كاتبه والعبد يدعي
والمولى يجحد جاز والفرق بينهما ان العتق اتلاف الرق على ملك مولاه
ولهذا الولاء يكون له فلم يخرج الى ملك غيره فلم يكن هناك دفع مغرم وفي
الشرى دفع مغرم وهو امتناع حق الرد عليه وفي ادب القاضي للخصاف في
العتق ايضا لا تقبل شهادة البايع لما بيناه ۞ وفي نوادر ابن رستم عن محمد رجلان
شهدا على رجل انه وصي فلان ليدفعا اليه مالا للميت عليهما جاز ولو شهدا
انه وكيل فلان ليدفعا المال اليه لا يجوز وذكر الخصاف في ادب القاضي على

عكسه وقال في الوصي لا يجوز وفي الوكيل يجوز والاول اصح لان للقاضي ان
ينصب هذا وصيا عن الميت بدون شهادتهما فنفع شهادتهما اولى ولا
كذلك الوكيل لانه لا يصح التوكيل الا برضا فلان ۞ قال محمد رجل اوصى لفقراء
جيرانه فشهد فقيران من جيرانه على ذلك جازت ولو اوصى لفقراء اهل بيته
فشهد فقيران من اهل بيته لم تجز الشهادة اصلا والفرق انه لو قسم ما اوصى في بعض
فقراء جيرانه دون بعضهم جاز ومثله في فقراء اهل بيته لم يجز الاخذ لبعضهم
والايصال الى بعضهم ۞ وفي وقف الهلال رجل وقف على فقراء جيرانه
فشهد رجلان من جيرانه على ذلك او شهدا انه وقف على اصحاب ابي حنيفة
وهما من اصحابه جازت شهادتهما ولو وقف على فقراء قرابته فشهد رجلان
من قرابته وهما فقيران او غنيان لم تجز شهادتهما والفرق ان القرابة لا تنقطع
ولو افتقرا استحقا هذه الصدقة بنفس الشهادة او جر منفعة
لهما ولا كذلك الجيران لانه ينقطع الجوار والمذهب بالانتقال والتحول فالمعتبر
في الجيران يوم تقسم الصدقة وفي القرابة الى يوم حدوث الغلة فكان استحقاق
القريب ثابتا وقت حدوث الغلة فتضمنت شهادته جر منفعة ۞ ولو شهدا
انه وقف علينا وعلى فلان ثم على الفقراء وقبلنا وقبل فلان لا تقبل
عندهما وعند محمد تقبل في حق فلان ويكون له الثلث والثلثان للفقراء
وهي فرع ما اذا اقر المريض لاجنبي ولوارث بدين وانكر الوارث الشركة
وفي قضايا الاصل لو شهد رجلان لرجلين بدين على الميت وشهد صاحبا
الدين للشاهدين بدين لهما على الميت ايضا جاز عندهما لانه لا شركة [illegible]
وعن ابي يوسف لا يجوز لانهم يشتركون في قسمة الدين وروى ابن سماعة

عن ابي يوسف لو شهد رجلان لرجلين بألف درهم على رجل حي وشهد
المشهود لهما للشاهدين على هذا الرجل بألف جاز وقولهم لانه لا شركة
هنا في الدين ولا تكون القسمة ● ولو شهد رجلان لرجلين بوصية الثلث وشهد
المشهود لهما للشاهدين بوصية الثلث او بعبد بعينه لم تجز شهادتهم ولو
شهدا للشاهدين بهذه الامة فشهادتهما جائزة وفي المجرد اذا كانت الوصية
في جنس واحد لم تجز شهادتهم وفي الجنسين جازت لان في الجنس صاروا شركا
فيه وفي الجنسين لا ● وشهادة الوزان على قبض رب المال اذا كان حاضرا
عند الوزن تجوز فان لم يكن حاضرا لم تجز ولا تجوز شهادة الكيال في المكيل
وتجوز شهادة الذراع في المذروع والفرق ان ملك المشتري يتعين ويتميز
بالكيل بدليل ان الزيادة تكون للبائع فهما شهدا لما يتعين الملك فيه بفعلهما فتكون
شهادة على فعله فلا تقبل والمذروعات المبيع لا يتعين بالذرع بدليل ان
الزيادة للمشتري فلم تقع الشهادة على فعله فجازت ● استأجر رجلين
لبناء دار وقد بناها فشهدا بالدار للمستأجر قبلت الشهادة وان استأجرهما
لهدمها وقد هدماها لم تقبل شهادتهما وضمنا للمدعا عليه قيمة البناء لانه
لو قبلت شهادتهما لرجعا بالضمان على الآمر فقد جرا بهذه الشهادة
منفعة الى نفسهما ولا كذلك في البناء قال ابو يوسف ومحمد لو
اخرج شهودا الى ضيعة اشتراها فاستأجر دوابا لهم وركبوها واكلوا
طعامه ان لم يكن لهم قوة المشي ولا طاقة الكرا تقبل شهادتهم لانه لم تقع الاجارة
لاجلهم مقصودا فلم يجروا بشهادتهم نفعا وان كان لهم قوة المشي او الكرا
لم تقبل شهادتهم لان الاجارة وقعت لهم مقصودا فجروا بالشهادة لهم نفعا

وكذلك ان لم يكن هيا الطعام لهم ولكن كان عنده طعام مهيا فقدمه اليهم فاكلوا
منه قبلت شهادتهم وان كان هياه لهم لا تقبل لانه لما لم يهيي الطعام
لاجلهم لم يقصد المبرة اليهم فلا يورث التهمة ● وروى ابن سماعة عن
محمد شهد زوج امراة ورجل آخر انها اعتقت بالرق لفلان وفلان يدعي ذلك
لا تقبل شهادة الزوج لانه يجر ان نكاحها باطل ولا مهر لها عليه فان قال
المولى انا اذنت لها بالنكاح لم يجز ايضا لانه اراد تحويل الضمان الى غيرها
● ولو كان الزوج دفع اليها المهر فان دفع باذن المولى جازت شهادته وبغير
اذن المولى لا يجوز واذا شهد المستودعان لانسان بكون
الوديعة ملكا له قبلت شهادتهما لانهما لا يجران الى نفسهما مغنما ولا
دفعا مغرما لانه لا ضمان عليهما وهو مؤنة الرد ولا تناقض في شهادتهما
لانه تكون هذه الشهادة منهما بيانا انه كان المودع وكيلا ونائبا في الحفظ
والايداع من المدعي فامكنهما التوفيق فلم يصر مناقضا ● ولو شهد المستودعان
على اقرار المدعي بالمال للمودع بعدما اقاما الشهادة على المال لم يقبل لانهما
يبرئان انفسهما عن الضمان لان المال صار مضمونا عليهما لانه ظهر انهما
كانا مودعي الغاصب ولانهما يجران الى انفسهما مغنما فانهما يشهدان انهما
يستديمان اليد لانفسهما وسواء كان المال قايما او مستهلكا لان للمستحق
ان يضمنهما فقد قصدا اثبات البراءة عن انفسهما ● ولو شهدا بعد الرد على
المودع قبلت الشهادة لان البراءة قد ثبتت بالرد عليه فلم تصر هذه الشهادة
نفعا ● ولو شهد المرتهنان لانسان بالملك في الرهن قبلت الشهادة لانهما
ابطلا حق انفسهما ولا ضمان قبل الهلاك فانتفت التهمة ولو شهدا بذلك بعد

الهلاك لم تقبل لان الضمان قد تحقق ووجب عليهما يريدان ابطال الضمان فلا
يمكنهما وضمنا القيمة للمدعي باقرارهما انه له ۝ ولو شهد الراهنان بالملك
للمدعي لا تقبل لانهما قصدا ابطال عقد عقداه فلم يملكا من غير رضا المرتهن
فلم تقبل لانه متناقض لانهما لما اقدما على الرهن فقد اقرا بانه لهما ولانه
الرهن وانه يثبت للمرتهن حق الحبس من جهتهما وشهادتهما اقرار انه لم
يكن الامر كذلك فصار متناقضين فلم تقبل كالبائع اذا شهد انه ملك فلان
لم تقبل ويضمنان القيمة للمدعي باقرارهما له بالضمان ۝ ولو شهد الغاصبان
لانسان بملك المغصوب فلا يخلوا اما ان شهدا قبل الرد او بعده او بعد الهلاك
قبل القضا بالضمان او بعدهما فلا تقبل شهادتهما في هذه الاوجه الا
فيما اذا شهدا بعد الرد على المغصوب منه فانه يقبل لان المغصوب اذا كان
قايما في يده فهما بهذه الشهادة يبريان انفسهما عن الضمان لان المغصوب
يصير مضمونا عليهما بالقيمة واذا كان هالكا ولم يقض بالضمان
فهما يبطلان الضمان واذا قضي بالضمان فهما يثبتان الملك للمدعي فيما ضمنا
فيحولان هذا الضمان الى المدعي ولهما في هذا التحويل نوع منفعة لان الثاني
ربما يكون اقل مناقشة في المطالبة من الاول فاما بعد الرد ثبتت البراءة عن
الضمان بالرد فلا تمكن هذه التهمة في الشهادة ۝ وكذلك المشتري بان
شرا فاسدا بمثل ذلك ۝ ولو شهد المستقرضان لانسان بملك المستقرض
لم تقبل قبل الدفع وبعده لانهما قبل الدفع يحولان الضمان للمقرض الى المدعي
ولهما في هذا التحويل نوع منفعة لما بينا وبعد الدفع يسعيان في نقض
عقد قد تم بهما وكذلك ان رد عين ما استقرض لان رد عينه ورد مثله سوا

فانه قضا الدين وهو يريد ابطال ما قضى وروي عن ابي يوسف اذا رد عين
القرض تقبل الشهادة لان عنده الملك لا يزول في القرض الا بعد الاستهلاك
واذا شهد المشتري شرا صحيحا لانسان بعد ما تقايلا العقد او رد
بالعيب بالتراضي لم تقبل الشهادة لانه عقد جديد في حق ثالث وهو
يريد ابطال ذلك العقد فلا يملكه كالبايع اذا شهد لغيره بملك ما باع ۝
وان كان الرد بقضا او بغير قضا قبل القبض او بخيار رؤية او شرط
قبلت هذه الشهادة لانه فسخ في حق الكل ولم يقصد ابطال عقد تم به ۝ ولو
نقض البيع في هذه الوجوه والثمن دين وحبسه ليسترد الثمن فشهادته مقبوله
ان كان قايما لانه رهن ما في يده بما نقده من الثمن فصار كالمرتهن ۝
ولو شهد بعد الهلاك لم تقبل لانه صار ضمينا فان كان الثمن عينا
والمبيع قايم لا تقبل هذه الشهادة لان المبيع مضمون عليه بقيمته لا
بعينه وهو العين الا ترى انه لو هلك في يده بعد الاقالة يضمن قيمته
للبايع وياخذ العين ولا تنتقض الاقالة فاشبه المغصوب بخلاف
ما لو كان الثمن دينا لانه مضمون بغيره وهو الثمن فاشبه المرتهن
وشهادة المرتهن للمدعي مقبوله ۝ ولو مات رجل وله على رجلين الف
درهم دين فشهد الغريمان ان هذا الرجل ابنه لا نعلم له وارثا غيره وشهد
اخوان لا دين عليهما لرجل اخر انه اخ الميت لا نعلم له وارثا غيره قضى
بشهادة الغريمين للابن لانه لا تهمة في شهادتهما فان للقاضي ان ينصب هذا
الرجل وصيا عن الميت في قبض ديونه من الناس وفي حفظ ماله وتثبت
البراءة لهما بقبضه فلم يكن ثبوت هذه الوصاية مضافا الى الشهادة

فلا يمكن التهمة فيها ۝ وان شهد شهود الاخ بما ذكرنا قبل شهود الابن
وقضى القاضي للاخ لا تقبل شهادتهما للابن لان الحق قد ثبت للاخ فهما
يشهدان بابطال المطالبة لا بعقبهما في حق الاخ فلا تقبل بخلاف ما قبل القضا
لان الدين كان قبل القضا ملك الميت لا ملك الاخ والاخ نايب عنه
في القبض وكذلك لو قضيا الدين الى الاخ بامر القاضي ثم شهدا لم تقبل هذه
الشهادة لانا لو قبلنا لثبت لهما حق الرجوع على الاخ الا ترى انهما لو
قضياه دنانير لا يجوز شهادتهما لما فيها من اثبات حق الرجوع على
الاخ فكذا هذا ۝ ولو شهد الغريمان او الوارثان او الطالبان او الموصى
لهما بالمال او الوصيان ان الميت اوصى الى هذا الرجل وقبل الوصية ومونة
ظاهر ان جحد الرجل الوصاية لا تقبل شهادتهما وان ادعى تقبل استحسانا
لا قياسا لانهما بشهادتهما يجران الى انفسهما نفعا ومغنما وجه
الاستحسان ان للقاضي ان ينصب هذا وصيا عن الميت بدون شهادتهما
فيجعل صيرورته وصيا مضافا الى نصب القاضي لا الى شهادتهما بخلاف
ما لو جحد الوصاية لان القاضي لا يملك نصبه وصيا مع ابايه فيكون
صيرورته وصيا مضافا الى شهادته فكان النفع حاصلا له بشهادته
فكان بشهادته جر الى نفسه مغنما فيكون في نفسه متهما ۝ واذا
لم يكن مونة ظاهرة فشهدا بالموت لم تقبل الا شهادة غريمي الميت له عليهما
دين فانه تقبل شهادتهما لانهما يشهدان على انفسهما دفع مالهما الى هذا
الوصي ولا منفعة لهما في البراءة عن الاداء الا انه متى ظهر كذبهما بان جا
الميت حيا فالقاضي ينقض قضاه ومن عداهما يثبت لنفسه ملكا

او حقا متعلقا بالتركة ۝ مات وترك عبدا قيمته الف لا مال له غيره فاوصى
بعتقه فشهد شاهدان من ورثته لرجل على الميت بدين يستغرقه لم تقبل
فان شهدا بدين الف تقبل والفرق ان الدين متى لم يستغرق العبد كان
لهما نفعا ومغنما في هذه الشهادة لانه لو قبلت شهادتهما يباع العبد بالدين
فتبطل الوصية بالعتق فيسلم لهما ما فضل عن الدين ومتى استغرق الدين
قيمة العبد لا يسلم لهما من تركته شي فلم يجر الى انفسهما مغنما ۝ وان كان
العبد وصية لرجل والمسألة بحالها قبلت في الحالين لان البيع بالدين لا يبطل
الوصية لانها بمنزلة حق الوارث ولانهما بهذه الشهادة يفوتان حق البيع
لهما وينتقل الى القاضي

باب تغير حال الشاهد بعد اداء الشهادة

ولو شهد الصبي والعبد والكافر على مسلم وردت
شهادتهم ثم شهدوا بعد البلوغ والعتق والاسلام تقبل ۝ ولو ردت شهادة
فاسق واعادها بعد التوبة او شهد احد الزوجين وردت شهادته لصاحبه
فاعادها بعد البينونة او شهد العبد لمولاه فردت شهادته ثم شهد
بعد العتق او المولى شهد لعبده فاعادها بعد العتق لا تقبل والفرق
ان في الاول المردود ليس بشهادة لفقد الاهلية فلم يصر مكذبا في الشهادة
شرعا فاذا صار من اهل الشهادة تقبل وفي الثاني المردود شهادة
لان اهلية الشهادة قائمة الا انها ردت لتهمة الكذب فصار الشاهد
مكذبا شرعا في تلك الشهادة فلا تقبل تلك الشهادة ابدا ۝ الاعمى اذا
ردت شهادته ثم ابصر فشهد بها لم تقبل فان شهد وهو بصير ثم عمي فردت
شهادته ثم ابصر فشهد بها لم تقبل في قياس قول ابي حنيفة وان شهد عند القاضي

او عمي قبل القضا او خرس او ذهب عقله او ارتد عن الاسلام بطلت شهادته
لان الشهادة انما تصير حجة عند اتصال القضا بها فلا بد من قيام الحجة وقت
القضا ولحدوث هذه العوارض لم تبق الشهادة حجة وقت القضا وان
حدثت هذه العوارض بعد القضا قبل الامضا ففي المال يمضي وفي الحدود
لا يمضي والفرق ان الامضا من القضا في باب الحدود لان القضا غير محتاج اليه
فيما شرع القضا له وهو ظهور الحق في حق صاحب الحق لانه ظاهر في حق صاحب
الحق وهو الشرع بدون القضا ولا في حق نائبه لاثبات تمكنه من الاستيفا
لانه متمكن من الاستيفا بدون القضا فعند القضا عدما حكما فلو حدث
هذه العوارض قبل القضا حكما تمنع الامضا وفي باب المال القضا محتاج اليه
لانه لا يتمكن صاحب الحق من استيفا حقه الا بالقضا ولا ينقطع المنازعة
الا بالقضا فكان القضا موجودا حقيقة وحكما فحدوث هذه العوارض
لا يؤثر في ابطال القضا والقصاص كالحدود استحسانا لان القصاص وان
كان حق العبد لكنه مما يدرى بالشبهة فجعل الامضا فيه من القضا احتيالا
للدرء ولو مات الشهود او غابوا قبل القضا او بعد القضا قبل الامضا
لا يمنع الامضا في الكل الا في الرجم لان الشبهة المتوهمة وهو امكان الرجوع في
الشهود او الرجوع عن الشهادة غير مانعة من استيفا الحدود لان الشبهة
الموهومة ما يتوهم وجوده في المستقبل من غير ان يكون عليه دليل وهذا
التوهم لا ينقطع ابدا وتعتبره دايما فلو اعتبرنا هذا التوهم مانعا من الاستيفا
ما امكن استيفا حد ابدا فيؤدي الى انسداد باب الحدود فلا يعتبر الا ترى
انه يتوهم الكذب في شهادة الشهود لكن لما لم يقم عليه دليل لم يعتبر فكذا

هذا والموت والغيبة في الرجم تمنع الامضا لان البداية في الرجم انما هي من
الشهود وبالغيبة والموت فات اقامة الرجم منهم فتمتنع الحد اذا جلد حد
القذف ثم عتق فشهد لا تقبل والنصراني اذا حد حد القذف ثم اسلم فشهد
تقبل والفرق ان رد الشهادة موجب القذف فانه من تمام الحد والنصراني
حال ما قذف كان له شهادة فردت بهما بالحد وبالاسلام حدثت له شهادة
اخرى لم يكن وقت الحد فاما العبد حال ما قذف لم يكن له شهادة فتوقف القذف
موجبا رد الشهادة على حدوث الشهادة وان قذف النصراني فضرب بعض
الحد ثم اسلم فضرب الباقي تقبل شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد وما ضرب
بعد الاسلام ليس بحد لانه بعض الحد فرد الشهادة لا يصلح تتمة له

الفتاوى

رجل سمع منه الحديث ثم ارتد او سمع رجل من نصراني حديثا ثم اسلم هل يروى
عنه قال ابو القاسم الصفار لا الا ترى ان نصرانيا اشهد على شهادته ثم اسلم فانه
لا يجوز ان يشهد على شهادته ونصراني اسلم وكان فاسقا في حال كفره ثم
شهد من ساعته بشهادة كان القياس ان تقبل شهادته لكن يتوقف فيها حتى
يتبين حاله بعد الاسلام لان تهمة الكذب باقية ويصح تحمل الشهادة ممن
له عقل وتمييز يفهم كلام الخصمين او يعلم ما يفعله وان كان عبدا او
فاسقا او كافرا او صغيرا حتى اذا زالت هذه المعاني وحدث ضدها
فشهد تقبل شهادته حتى ان العبد اذا تحمل الشهادة لمولاه او المراة لزوجها
تقبل شهادته بعد العتق والبينونة كالاعمى اذا تحمل الشهادة ثم شهد بعد ما
ابصر تقبل ولو شهد وليس باجير ثم صار اجيرا قبل القضا شهادته
بطلت شهادته وان لم ترد شهادته حتى خرج من الاجارة ثم اعاد الشهادة

تقبل شهادته لانه زال المانع وهو دليل التهمه والميل وفي نوادر ابن رستم
قال محمد لو شهد رجل لامراة ثم لم يتزوجها قبل القضا بطلت الشهادة
وذكر في المنتقى ولو شهد لامراته ثم طلقها وانقضت عدتها قبل القضا
ترد شهادته فانه لا تقضى بها الا ان يعيدها فان اعادها قضى بها

باب الشهادة بالتسامع

الشهادة بالشهرة والتسامع
تقبل في اربعة اشيا بالاجماع وهي النكاح والنسب والموت والقضا لان هذه
الاشيا مما يشتهر ويستفيض والشهرة والاستفاضة اقيمت مقام العيان
والمشاهدة كالاخبار اذا اشتهرت من النبي عليه السلام كان بمنزلة السماع
منه الا ترى انا نشهد بوجود الخلفا الراشدين وان لم ندركهم
ثم الشهرة في هذه الاشيا تثبت بطريقين احدهما حقيقية والاخرى
حكمية اما الحقيقية بان يخبره جماعة لا يتوهم تواطوهم على الكذب فتشايع
الاخبار واشتهرت واما الحكمية ان يشهد عنده رجلان عدلان او رجل
وامراتان بلفظة الشهادة في النكاح والنسب والقضا لان لفظة
الشهاده من اثنين توجب زياده علم شرعا لا يوجبه لفظة الخبر حتى
يثبت العلم للقاضي بلفظة الشهادة من اثنين كما يثبت بالمعاينه
ولا يثبت بلفظة الخبر فقامت شهادة اثنين مقام الخبر عن جماعة لا
يتوهم تواطوهم على الكذب في اثبات الشهرة والاستفاضة حكما
واعتبارا ولكن هذا اذا شهد عنده عدلان على نسب
رجل من غير استشهاده وعرفا حاله وسعه ان يشهد
وان اقام البينه هذا الرجل شاهدين على نسبه لم يسعه ان
يشهد على نسبه نص عليه محمد في المبسوط لانه لما لم يعتمد قوله في
شهادته لم يعتمد على قول من اعتمد هذا الرجل على قوله وفي الموت
يثبت الشهرة بخبر الواحد العدل رجلا كان او امراة ولا يشترط فيه
لفظة الشهاده لان الموت قد يتفق في موضع لا يحضره الا الواحد فلو
لم تثبت الشهادة بقول الواحد لضاعت الحقوق المتعلقه بالموت فلهذه
الضرورة تثبت الشهرة بقول الواحد ولان في اشتراط العدد في الموت
حرج لانه لا يتفق لمباشرة اسبابه من الغسل وغيره الا واحد وليس في
اشتراط العدد في النسب والنكاح وغير ذلك حرج لانه يقع بين جماعة
فلو شرطنا العدد لا يودي الى ابطال الحقوق المتعلقه به ولم يشترط
لفظ الشهادة من الواحد لانه لا يفيد زيادة علم فرعا من الواحد
ولهذا لا يحل القضا بشهادة الواحد ولو جاء خبر موت انسان وصنعوا
ما يصنع على الميت لم يسعك ان تشهد بموته حتى يخبرك ثقة انه
عاين موته لان المصائب قد تشتهر على الموت اما خطا او غلطا او
حيلة لقسمة المال فلا يسع الشهادة عليه ما لم يثبت الموت بخبر من تثق به
والشهادة في الاملاك والطلاق والعتاق لا تحل بالشهرة والتسامع
خلافا للشافعي والصحيح قولنا لان القياس يابى جواز الشهادة في جميع الحوادث
الا بوقوع العلم للشاهد اما بالمعاينه او الاقرار العري عن التهمه لكنا تركنا
القياس في بعض الحوادث التي تشتهر وقوعا ودواما والاملاك والطلاق
والعتاق مما لا يشتهر وقوعا ولا يستفيض دواما فلا تجوز الشهادة فيه
بالتسامع ولا تقبل الشهادة على الولا بالتسامع عندهما وعند ابي يوسف

اخرا تقبل لان الولا بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولا
لحمة كلحمة النسب ثم الشهادة بالتسامع في النسب مقبولة فكذلك في الولا
لان له حكم النسب الا ترى انا نقول نافع مولى ابن عمر وعكرمة مولى
ابن عباس ولهما ان الولا يثبت بالعتق والعتق يوقع على سبيل الخفية
والاخفا في القرب اصل والاشهار والاظهار مكروه ولهذا الشهادة
على العتق بالتسامع لا تقبل واما الشهادة بالشهرة والتسامع في
الوقف قيل لا يجوز لان الوقف قربة والاخفا بالقرب اكثر من الاعلان
بها وقيل يجوز وهو الصحيح لانه لو لم يجز ادى ذلك الى استهلاك
الاوقاف القديمة • شهدا ان فلان بن فلان مات وان هذا ابن اخيه
ووارثه فقضى القاضي بالنسب والارث ثم اقام اخر البينة انه ابن الميت
ووارثه ينقض الاول ويقضي للثاني لان الابن مقدم على ابن الاخ
ولا تنافي بين الاول والثاني فان الانسان يجوز ان يكون له ابن اخ وله ابن
ايضا فينقض القضا في حق الميراث لا في حق النسب حتى يبقى الاول
ابن عم له حتى يرث منه اذا مات ولم يترك وارثا اخر اقرب منه •

الثاني

فان اقام البينة ان الميت فلان بن فلان ونسبه الى اب اخر غير الاب
الذي نسبه الى الاول فانه ينظر انه ان ادعى انه ابن اخيه لا ينقض القضا
الاول لانه لما ثبت نسبه من الاول خرج من ان يكون محلا لاثباته من انسان
اخر وليس في البينة الثانية زيادة اثبات فالبينة الثانية قامت في غير
محله فلا تقبل الا ترى ان رجلين تنازعا في مولود فاقام احدهما البينة
وقضى القاضي له بالولد ثم اقام الاخر البينة لا تقبل بينة الثاني وكذلك

لو تنازعا في نكاح امراة فاقام احدهما البينة وقضى له بالنكاح ثم اقام
الاخر البينة لا تقبل بينة الثاني • فان ادعى الثاني انه ابنه او ابوه
تقبل بينته وينقض القضا الاول في حق الميراث والنسب جميعا
لانه لا يتصور ان يكون للواحد ابوان حقيقة لان الولد يخلق من ما
احدهما فتعذر العمل بهما في حق ثبات النسب حقيقة وهي البنوة
والابوة فوجب العمل ببينة الابن او الاب لان في بينته زيادة اثبات
نسب في بينة ابن الاخ لان للابن زيادة قرب لم يدعيه الاخ فصار الابن
منفردا بهذه الزيادة فصار سابقا عليه في اثبات الزيادة فترجح
بينته بسبب اثبات الزيادة فيها • رجلان ادعى كل واحد منهما
ولا رجل ميت واقاما بينة ان فلان الميت كان عبده وانه اعتقه
وانه مولاه ووارثه قضيت بالولا والميراث بينهما نصفين لان
الولا مما يحتمل الاشتراك فصار كالاموال • ولو اقام احدهما
بينة على ذلك وقضي بالولا والميراث له ثم اقام اخر بينة على مثل ذلك
لا تقبل بينة الثاني لان القاضي قضى بكل الولا للاول وبينة الثاني قامت
على ابطال قضا الاول لان اثبات كل الولا لكل واحد منهما متعذر
لان العتق من كل واحد على الكمال متعذر فلا تسمع وصار هذا كالنسب
في النكاح اذ اقام احدهما بينة وقضي له ثم اقام اخر بينة على مثله لم
تسمع فكذا هذا • **النوادر** ذكر في نوادر ابن رستم قال ابو حنيفة اذا
سمعوا من الناس النكاح ولم يشهدوا النكاح جاز لهم ان يشهدوا
به فيما بينهم وبين ربهم ولكن لو اخبروا القاضي بذلك انهم لم يحضروا

العقد لا تقبل شهادتهم فيه واما في المهر فعن محمد روايتان في
رواية لا يجوز لهم ان يشهدوا على تسمية الصداق بالامر الظاهر
بالسماع الا ان يشهدوا على شهادة من حضر وفي رواية هشام يسعهم
ان يشهدوا بالمهر اذا اخبروهم انا زوجت على كذا وكذا من المهر
والشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع اختلفوا فيه قيل يجوز لان
هذا امر يشتهر ويتعلق به احكام مشهورة من النسب والمهر والعدة
وثبوت الاحصان

باب الشهادة بظاهر اليد

الشهادة على ملك اليمين لا تصح بالتسامع الا اذا
عاين سبب الملك او دليل الملك وسبب الملك الشرى من مالكه
او الارث منه او غيرهما فيحل لمن عاين السبب ان يشهد بالملك
للثاني واما دليل الملك ذكر محمد في المبسوط اليد حتى لو راي
شيا في يد انسان حل له ان يشهد بالملك له وقال الشافعي اليد مع التصرف
وبه اخذ الخصاف وقال ابو يوسف اذا راه في يده انما حل له ان
يشهد بالملك له اذا وقع في قلبه انه ملكه اما اذا لم يقع فلا
ويجوز ان يكون هذا قول الكل حتى انه اذا كان في يده شي والناس يقولون
انه ملكه وهو يتصرف فيه لكن وقع في قلب الرائي انه ملك غيره
وهو يتصرف بامره لا يحل له ان يشهد بالملك له فصار دليل الملك
اليد مع الوقوع في قلبه انه ملكه وبه ناخذ لان اليد محتملة اوجها
شتى يحتمل انها كانت يد ملك او يد وديعة او عارية او اجارة
فلا يتعين يد ملك مع هذه الاحتمالات الا ان انضمت اليها شهادة

القلب وعليه الظن فانها ضرب حجة في الشريعة فترجحت يد الملك
بهذه القرينة المرجحة فحل له الشهادة وذكر في الجامع الصغير
رجل في يديه شي سوى العبد والامة فانه يسعه ان يشهد انه له وفي
العبد والامة روايتان عن ابي حنيفة على رواية ابي يوسف انه يحل
له ان يشهد وعلى رواية الجامع الصغير عن محمد عن ابي حنيفة انه لا يحل
وجه رواية ابي يوسف ان يد المولى ثابتة على العبد والامة تصرفا وتقلبا
واليد المتصرفة المتقلبة العارية عن المنازعة من اقوى دليل واوضحه على
الملك وجه رواية محمد ان الحر قد يخدم الحر طوعا واختيارا منه كما
هو عبده عادة او يخدمه عبد غيره بالاجارة فصارت اليد متعارضة
فلا تصلح اليد شاهدا لدليل الملك حتى لو عرف انه رقيق يسعه ان يشهد
بالملك له لحكم اليد وهذا اذا كانا يعبران عن انفسهما فان كانا لا
يعبران عن انفسهما يسع للرائي ان يشهد انه عنده نص عليه في الشفا
ثم المسائل على اربعة اوجه اما ان يكون عاين المالك والملك جميعا او لم
يعاينهما او عاين المالك دون الملك او على عكسه اما اذا عاينهما الملك
بحدوده والمالك بوجهه او عرفه بنسبه نسب الملك اليه حل له ان يشهد
بالملك له اذا وقع في قلبه انه ملكه لانه تحقق دليل الملك وان لم يعاينهما
لم يحل له ان يشهد فان عاين المالك دون الملك حل له ان يشهد بالملك له وان
عاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان
الفلاني وهو لم يعاينه فالقياس ان لا يحل لان هذه الشهادة بالملك للمالك
ثم الجهالة في المشهود به مع حل الشهادة والجهالة في المشهود له وجاز

ان يضع الشهادة وفي الاستحسان يحل لان سبب الملك مما يثبت بالشهرة
والتسامع فتعين المالك ضرورة لثبات النسب والملك معروف
مشهور به فترتفع الجهالة لكن انما تقبل الشهادة على الملك اذا لم يفسر
الشاهد عند القاضي واطلق اما اذا فسر فلا كما قلنا في الشهادة على الموت
بالتسامع **المنتقى** اذا شهدوا انه مات على هذه الدابة فهو ميراث
ولو شهدوا ان اب هذا المدعي مات وهذه الدار كانت له يوم مات او شهر
مات او سنة مات فهو جايز له ● ولو راى على حمار يوما لم يشهدوا انه
له لاحتمال انه ركبه بالعارية ولو راه على حمار حسنين يوما فاكثر ووقع
في القلب انه له وسعه ان يشهد انه له لان الظاهر ان الانسان لا يركب
دابة مدة كبيرة الا بالملك

باب الشهادة على الابوين

وتقبل الشهادة على الاب ولا تقبل له لان التهمة متمكنة
في الشهادة له لانه لو نزا بوبه على الاجنبي منتفية في الشهادة عليه
لانه لا يؤثر الاجنبي عليه ● رجل وامراة ولدت ولدا فادعت انه
من زوجها هذا وجحد الزوج ذلك فشهد ابوه وابنه على انه اقر الزوج
انه من هذه المراة تقبل منهما دينهما لانهما يشهدان عليه ● ولو شهد
اب المراة وجدها على اقرار الزوج بذلك لم تقبل لانهما يشهدان لولدها
● ولو ادعى الزوج ذلك وجحدت المراة فشهد عليها ابوها وجدها انها
ولدت منه او انها اقرت بذلك فيه روايتان في دعوى المبسوط في رواية
لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لولدهما وفي رواية تقبل شهادتهما وذكر
نحوه في نوادر ابن رستم قال محمد رجل شهد لابن ابنه على ابيه تقبل شهادته

لانه حين شهد عليه لم يصر جدا لولدها وانما يصير جدا بعد
حكم الحاكم بشهادته فحينئذ يصير جدا بموجب الشهادة
والشيء لا ينفي موجب نفسه يدل عليه ان الحوالة لما اوجبت براءة
المحيل لم يجعل كان البراءة مقدمة على الحوالة لان هذه البراءة موجب
الحوالة فلا ينفي موجب نفسها **الجامع** اصله ان الشهادة تنزه
عن الخيانة وتصان عن التهمة لانها من باب الامانة د شهادة
ولد الملاعنة وولد ام ولده المولود على فراشه اذا نفاه لا تقبل
للنافي لان نسب هذا الولد كان ثابتا من الزوج والمولى قبل اللعان
والنفي من حيث الظاهر لكونه على فراشه وباللعان والنفي ان انقطع
النسب في حق بعض الاحكام وهو الميراث والنفقة لم ينقطع في
حق بعض الاحكام وهو عدم قبول الشهادة وحرمة المناكحة
ووضع الزكاة فيه وفساد دعوة الغير حتى لو ادعى انسان اخر
هذا الولد لم يصح دعواه وان صدقه الولد والملاعن ولو ادعاه
الملاعن ثبت نسبه منه وانما ابقينا النسب في حق هذه الاحكام
احتياطا لامر الحرمة لانها مما يحتاط فيها ولهذا تبطل بالشبهات فكذلك
في الشهادة لانها مبنية على الاحتياط والامانة مصونة عن التهمة
والخيانة د امة جاءت بولدين توامين باع المولى احدهما واعتقه المشتري
لم يشهد المعتق واخر للبايع جازت الشهادة لان نسب هذا الولد لم
يكن ثابتا من البايع قبل البيع لانه لم تحدث على فراشه لعدمه ولهذا لو
ادعى المشتري هذا الولد صحت دعواه د فان ادعى البايع بعد ذلك

الولد الذي في يده انتقض العتق وبطلت الشهادة لان ثبوت نسب احدهما
لا ينفك ولا ينفصل عن الآخر لانهما توأمان خلقا من ماء واحد فمتى ثبت
نسب الذي في ملكه منه ثبت نسب الآخر منه ضرورة واذا ثبت النسب
فيهما من ضرورته انتقاض البيع الاصل انه ينظر ان شهد بما يدعيه
ابوهما ولهما في ذلك جر منفعة ودفع غيمة سوى تصديقهما في الدعوى
كان شاهدا لهما فلا تقبل وان لم يكن لهما فيها جلب منفعة سوى مجرد
تصديقهما في الدعوى لا تقبل عند ابي يوسف خلافا لمحمد لما تبين وان شهد
بما يجحده ان كان عليه في ذلك مضرة محضة او منفعة مشوبة بالمضرة
تقبل وان كانت منفعة محضة لا تقبل لان المنفعة متى كانت مشوبة
بالمضرة لا يكون الجاحد متعنتا في الجحود فلا تكون المنفعة حاصلة
بشهادة الولد لان الشهادة مع الجحود لم تشرع موجبة له حقا ومتى كانت
منفعة محضة يكون الجاحد متعنتا في الجحود فيجعل مدعيا حكما لانه لا
عبرة لتعنته ٥ رجلان شهدا على ابيهما انه طلق امهما ثلثا والاب
جاحد فان كانت الام تدعي الطلاق لا تقبل وان كانت تجحد تقبل لان
لها فيها منفعة عود بضعها اليها وملكها وخلاصها عن ذل الاستفراش
لكنها منفعة مجحودة مشوبة بالمضرة فانه تفوتها منفعة ايضا
الشهوة والنفقة والمنفعة متى كانت مجحودة مشوبة بالمضرة لا تمنع
قبول الشهادة ثم هذه الشهادة انما تقبل بدون الدعوى لانها قامت على
تحريم الفرج فانه من حقوق الله تعالى ٥ ولو شهدا لابيهما على امرأة له
انها قد ارتدت عن الاسلام ينظر ان كانت امهما حية لا تقبل لانه ان كان

الاب يدعيه فلانهما يشهدان لابيهما بسقوط جميع الصداق ان كان قبل
الدخول بها وسقوط نفقة العدة ان كان بعد الدخول وان كان يجحده
فلانهما يشهدان لامهما بتحويل ما كان للمرأة من القسم الى امهما وهذه منفعة
محضة للام وان كانت مجحودة فتمنع قبول الشهادة وان كانت امهما ميتة
لا تقبل ان كان الاب مدعيا لما بينا وان كان جاحدا تقبل لان منفعة سقوط
نصف الصداق قبل الدخول وسقوط العدة منفعة مجحودة مشوبة بالمضرة
فلا تمنع قبول الشهادة ٥ ولو شهدا على الاب انه خالع امرأته على الصداق
والاب يدعي لا تقبل لان له فيه منفعة سقوط الصداق وسقوط نفقة
العدة وان كان جاحدا تقبل لان هذه منفعة مجحودة مشوبة بالمضرة
وهي زوال ملك النكاح وكذا لو شهدا عليه بالبيع وهو يجحد ٥ رجل له امرأتان
وله من احديهما خمس بنين فشهد اربعة منهم على اخيهم انه زنا بامرأة ابيهم
فهو على قسمين اما ان كانت المرأة مدخولا بها او لا وكل قسم لا يخلو اما ان
كانت المرأة مطاوعة او مكرهة وكل وجه على اربعة اوجه اما ان كانت
الام حية او ميتة والاب جاحد لذلك او مدع فصارت المسئلة على ستة
عشر وجها اما القسم الاول وهو ما اذا لم يكن المرأة مدخولا بها فان كانت
مطاوعة وامهم حية والاب مدع لذلك او جاحد لا تقبل شهادتهم لان الشهادة
نفع للاب ان كان مدعيا من حيث اسقاط المهر عنه والفرقة ووقت والقسم
والفراش خلص للام وباقرار الاب لا بشهادتهم وان كان جاحدا فالشهادة
نفع للام لانه يتحول القسم وخلص الفراش الى امهم بشهادتهم لا باقرار الزوج وطها في
ذلك منفعة محضة لا تشوبها مضرة لانه يندفع عنها ضرر الضرة وصار

كما لو شهد ابناه على طلاق ضرة الام وهي حية لا تقبل لجر المنفعة وان كانت
الام ميتة ان كان الاب يدعي لا تقبل شهادتهم وان كان يجحد تقبل لانه ان كان
يدعي الشهادة وقعت له من حيث انه يسقط عنه جميع المهر عن ذمته فتنفع
الاب شهادتهم وان كان يجحد فالشهادة قامت على الاب من حيث اسقاط
ملك النكاح عن المشهود عليها بالزنا ومنفعة سقوط المهر منفعة
مجحودة مشوبة بالمضرة فلا تمنع قبول الشهادة هذا كله اذا كانت مطاوعة
غير مدخول بها فاما اذا كانت مكرهة غير مدخول بها تقبل شهادتهم
الا في فصل وهو ما اذا كانت الام حية والاب يجحد لان الفرقة وقعت
باقرار الاب لا بشهادتهم والمهر لا يسقط عن الاب متى كانت مكرهة
لان الفرقة ما جاءت بمعنى من جهتها فلم تنفع الشهادة لابيهم ولا لامهم الا
اذا كانت الام حية والاب جاحد فالشهادة وقعت للام وهو خلوص
الفراش والقسم لها فشهادتهم واما القسم الثاني وهو ما اذا كانت
المراة مدخولا بها فان كانت مطاوعة لا تقبل شهادتهم الا في فصل واحد
وهو ما اذا كانت امهم ميتة والاب يجحد ذلك لان الاب ان كان
يدعي فالشهادة وقعت للاب لان الفرقة وان وقعت والفراش وان خلص
للام بما اقر الاب ولا يسقط شيء من المهر عنه الا انه يدعي سقوط نفقة
العدة فانه بقول الفرقة وقعت من جهتها بسبب هي عاصية في ذلك والاب
لا يصدق في ذلك من غير تصديق المراة الا بينة وان كان الاب يجحد فالشهادة
وقعت للام لان الفراش والقسم خلص لها وان كانت الام ميتة والاب يجحد
فالشهادة قامت على الاب وما حصل للاب من سقوط نفقة العدة

فتلك منفعة مجحودة مشوبة بالمضرة فلا تمنع قبول الشهادة واما اذا
كانت مكرهة تقبل شهادتهم الا في فصل وهو ما اذا كانت الام حية والاب
يجحد ذلك لانها متى كانت حية والاب يدعي فالفرقة وقعت باقرار الاب
والفراش خلص للام باقراره ايضا لا بشهادتهم وان كانت ميتة لا تنفع
شيء ولا يسقط المهر ولا نفقة العدة متى كانت مكرهة فلم تنفع الشهادة
للاب ولا للام الا اذا كانت الام حية والاب يجحد لا تقبل شهادتهم لانهم شهدوا
للام خلوص الفراش والقسم لها وان لم تدع الام هذه المنفعة لانها منفعة
محضة لا يشوبها مضرة جارية لرجل شهد ابناها الحران البالغان ان
مولاها اعتقها على مال وهي تدعي لا تقبل وان كانت منكرة تقبل لان ملكها
رقبتها منفعة مشوبة بالمضرة وهي وجوب المال عليها فلم تمنع قبول
الشهادة متى كانت مجحودة ومنعت متى كانت مطلوبة وفي العبد لا تقبل
عند ابي حنيفة خلافا لهما لان الشهادة قامت على عتق العبد فلا تقبل من غير
دعوى عنده خلافا لهما جارية ادعت ان مولاها باعها من هذا الرجل
بالف وانه اعتقها وانكر المولى فشهد ابناه جاز ولو ادعى الاب البيع
واعتاق المشتري لم تقبل وعتق الجارية باقراره لان ما حصل للاب من المنفعة
وهي الثمن فتلك منفعة مشوبة بالمضرة فلا تمنع قبول الشهادة متى كانت
مجحودة ومنعت متى كانت مطلوبة ادعى انه اشترى هذه الجارية من
فلان بمائة دينار وقبضها وفلان كان اشترى من ذي اليد هذا بالف وقبضها
وانكر ذو اليد فشهد ابناه بذلك كله قضى بالشفعة للبائع على الاول بالف
وللاول على الثاني بمائة دينار لان في زعم البائع الاول والمشتري الاول ان

الشهود شهدوا بزور ولم يجز بينه وبين المشتري الاول بيع وقضى القاضي
بالبيع بشهادة الزور بمنزلة بيع مستقبل عندهما ففي زعمهما انه ثبت بيع
مستقبل بقضاء القاضي فصار كالمدعي للثمن وعلى قول محمد لا يكون لهما ان ياخذا
ذلك لان عنده لم يثبت بيع مستقبل بقضاء القاضي فان صدقهم البايع الاول
بطل البيعان وبطلت الشهادة في حق الثاني لانهما شهدا ان لابيهما ثمن الجارية
على المشتري الاول والاب يدعي ذلك وياخذ المشتري الآخر الجارية باقرار
البايع ابطاله لانه اقر انه باعها من الاول والاول باعها من الثاني وصارت
الجارية ملكا له فيومر بالرد عليه ولا شي على المشتري لانه لم يبعها من
المشتري الاخر وانكر الشرا من المشتري الاول وان كان الثمن الفا
وخمسمائة وكذلك ان كانت الجارية مقبوضة وان كانت غير مقبوضة
للمشتري الاخر والاول فالقياس ان ياخذ المشتري الاخر الجارية ولا
يعطي ثمنا لان الذي في يده الجارية زعم انه لم يبع الجارية من المشتري الاخر
انما باعها من الاول فلا يكون له حق الحبس كما لو كان الثمنان من جنسين مختلفين
وفي الاستحسان يقبض المشتري الاخر من البايع الاول ويعطيه الف درهم
من الثمن الذي اقر به للمشتري الاول لان بيع المشتري الاخر انما يثبت بتصديق
البايع الاول فانه لو لم يصدق المشتري الاخر فيما ادعى لكان لا يثبت بيعه
ولا يسلم الجارية للمشتري الاخر فكان بايع الجارية من المشتري الاخر
الاول
معنى فكان له حق حبس الجارية لاستيفاء الثمن وان كان الثمن الثاني دنانير
اخذها المشتري الاخر مجانا لان البايع الاخر لا يدعي قبله حقا ولا ياخذ
الدنانير قصاصا بالدراهم

باب ما يسع

الشاهد الامتناع من اداء الشهادة وما لا يسع

المنتقى رجل طلب منه ان يكتب شهادة او يشهد على عقد فان
كان الطالب يجد غيره فللشاهد ان يمتنع والا فلا يسعه الامتناع
ويلحقه المأثم لانه ليس في الاول تضييع الحقوق وفي الثاني تضييع الحقوق
هشام عن محمد رجل له شهود كثيرة فدعا بعضهم ليقيم الشهادة وهو يجد
غيره ممن تقبل شهادته يسعه ان يمتنع وان لم يجد غيره ممن تقبل شهادته
او كان غيره ممن تقبل شهادته ولكن هذا الشاهد شهادته اسرع قبولا
لا يسعه ان يمتنع عن الاداء لما قلنا وذكر الخصاف لو سمع رجل من رجل
اقرارا لاخر وقال لا تشهد علينا بما تسمع منا ثم طلب المقر له منه
الشهادة من العلماء من قال لا يحل له ان يشهد لان الشهادة امانة وقد منعه
عن تحمل الامانة وعند علمائنا يحل له الشهادة لانه حصل له العلم فلو امتنع
عن الشهادة صار كاتما للشهادة ولا يجوز ان يكتم الشهادة لانه منهي عنه
وتجوز شهادة المختبي وصورتها اذا كان لرجل على اخر حق يقر في السر
ويجحد في العلانية وعجز صاحب الحق عن الوصول الى حقه فاحتال لذلك
فاخفى قوما من العدول في بيته ثم استحضر من عليه الحق فاقر بذلك سرا
فخرج وسمع الشهود حل لهم ان يشهدوا عند علمائنا لان العلم قد حصل
وقيل لا يحل لان فيه تدليسا وغرورا ولكن انما تجوز هذه الشهادة اذا كان
الشهود يرون وجهه ويعرفونه فان كانوا لا يرون وجهه ولكن يسمع
كلامه لا يحل لهم ان يشهدوا فان شهدوا وفسروا للقاضي شهادتهم الا اذا
احاطوا علما به بان راوه دخل بيتا وعلموا انه ليس في البيت غيره

ولىس لهذا البيت مسلك آخر وسمعوا اقراره بحيث لا يشتبه عليهم حاله
تحل لهم الشهادة ۞ وكذلك رجل سمع صوت امراة وراء الحجاب فاوقف
وشهد عنده اثنان انها فلانة ان راى شخصها جاز له ان يشهد على اقرارها
وان لم ير شخصها لا يجوز ۞ قال ابو حنيفه لا تجوز الشهادة على امراه اذا لم
يعرفها حتى يشهد عنده جماعه وقال ابو يوسف اذا شهد عنده عدلان
انها فلانة جاز لان الشهادة على المجهوله باطلة ۞ ولو شهد عدلان عند
شاهدي النكاح ان زوجها طلقها ثلثا او عند شاهدي شرى عبد
ان البايع كان اعتقه لا يحل لشاهدي النكاح والشرا ان يشهدا به ۞
ولو شهد عدلان عند شاهدي الملك للمدعي انه قد باع من صاحب اليد
تحل لشاهدي الملك ان يشهدا بالملك للمدعي ولا يلتفت الى شاهدي البيع
والفرق ان بعد البيع يجوز العود الى قديم ملكه بالفسخ والاقالة
فالشهاده بالبيع لم تورث تهمه في الشهادة بالملك فاما بعد العتق
والطلاق الثلث لا يتصور العود الى قديم ملكه فاورث شبهة عدم
الملك فلا يسع له الشهادة بالملك ۞ ولو شهد عدلان عند شاهدي
الدين ان المديون قضاه قال محمد يشهدان انه كان ذلك عليه ولا
يشهدان ان ذلك عليه هكذا ذكر الخصاف في ادب القاضي وذكر
هشام في نوادره قال محمد ان شا شهدا بذلك وان شا لم يشهدا واخبرا
الحاكم بشهادة الدين وبما اخبرهما بالقضا ۞ وذكر في المنتقى اذا شهد
رجل بحق لرجل على اخر ثم اخبره عدلان انه قد قضاه حقه فليس له ان
يمتنع من الشهادة اذا ساله الطالب ان يشهد له بحقه لانه ليس اليه ان

يمتنع من الشهود وان حكم به ۞ وكذلك ان شهد على نكاح امراه ثم اخبره رجلان
عدلان انه قد طلقها وحرمت المراه النكاح فساله ان يشهد له لم يكن له
ان يمتنع من الشهادة ۞ ولو كان الطالب اخبره بالطلاق او بالقبض
ثم دعاه الى تلك الشهادة لم يشهد بها لان اقراره صدق في حقه وذكر
الحسن في ادب القاضي ان دعاهما المدعي الى اداء الشهادة فقالا ليست
عندنا شهادة بما تدعيه ثم شهدا له بذلك الحق تقبل شهادتهما لانه
يقول الشاهد نسيتها ثم ذكرتها ۞ وكذلك لو قالا لا كل شهادة نشهد
بها لفلان على فلان فهي زور ثم جاءا يشهدان تقبل شهادتهما ان قالا لم
نذكرها حين قلنا ليس لك عندنا شهادة ثم تذكرنا بعد ذلك
وذكر الفقيه ابو الليث في نوازله لو انكر الشاهد الشهادة
ليس للقاضي ان يحلفه لانه متى احتج الى التحليف حتى يشهد فلو شهد
لا تقبل لانه يصير فاسقا بكتمان الشهادة ۞ رجل عنده شهادة
لرجل وهو محدود في قذف او عبد يسعه ان يشهد ويكتم انه عبد
او محدود حتى يقضي للمشهود له بالمال الذي يدعيه لان قبول شهادته
مجتهد فيه فيسعه ان يشهد ولو كان قاض محدود في قذف لم يسعه
ان يقضي على وجه الحكم ويكتم انه محدود ولكنه ينزعه من يد الغاصب
حتى يدفعه الى الطالب بمنزلة من ليس بقاض فيكون معينا للطالب باخذه
لان المحدود والعبد ليسا من اهل القضا حتى لا ينفذ قضاؤهما بالاجماع
ولكنهما من اهل الشهادة في الجمله ۞ رجل كانت عنده شهادة ووقفت
الخصومه الى قاض غير عدل يسعه ان يكتم الشهادة حتى يشهد عند

قاضٍ عدل • رجل كتب صكا في بيع او اجارة او وقف وشهد الشهود
عليه بذلك ثم قال ما علمت المكتوب في الصك او قال الواقف
وقفت على اني متى احتاج اليه ابيعه ولم يعلم ان الكاتب لم يكتب
في الصك هذا الشرط ينظر ان قرئ عليه الصك وهو يحسن
العربية وكتب فيه وقف صحيح وبيع صحيح واقر هو بجميع ما فيه
لا يقبل قوله لانه اقر بوقف وبيع صحيح والوقف مع هذا الشرط
لا يكون صحيحا وكذا اقراره بالبيع بدون علمه بما فيه وان كان اعجميا لا
يعرف العربية ينظر ان شهدوا انه قرئ عليه بالفارسية واقر بجميع ما
فيه لا يقبل قوله فان لم يشهدوا بذلك تقبل • وقف على مكتب في
قرية وعلى معلم ذلك المكتب فغصبه رجل هذا الوقف فشهد
بعض اهل هذه القرية على وقفها وليس لهما اولاد الشهود اولاد في
المكتب جازت شهادتهم لان الشهادة ما وقعت لهم وكذلك لو شهد
بعض اهل المسجد

باب اختلاف الشهادات والنطق

فيه فصلان فصل في الاختلاف في الزمان والمكان وفصل في الاختلاف
في المنطق والبيان **فصل** اصله ان اختلاف الشاهدين في الاوقات
والبقاع والانشاء والاقرار فيما هو مجرد القول لا يقدح في الشهادة
الا اذا كانت صيغة الانشاء تخالف صيغة الاقرار فانه يمنع قبول
الشهادة كما في القذف كما نبين وفيما هو مجرد الفعل يقدح في الشهادة
وفيما هو فعل غير مقصود لا يقدح في الشهادة لان القول مما يقع به
التكرار فيجعل الثاني اخبارا عن الاول وتكرارا توفيقا بينهما وتلفيقا

وكان القول اولا هو المحكي ثانيا فكان المشهود به شيئا واحدا فاما الفعل
الواحد لا يقع فيه الاعادة والتكرار فيكون المفعول اولا غير المفعول
ثانيا فلا يمكن ان يجعل الثاني اخبارا عن الاول فكان المشهود به مختلفا
ثم الاختلاف لا يخلو اما ان يكون في الانشاء والاقرار او في السبب والجهة او
في الوقت والمكان اما الاختلاف في الانشاء والاقرار لو شهد احدهما
بالقتل وشهد آخر بالاقرار بالقتل او شهد احدهما بالغصب والاتلاف
والاخر بالاقرار به لا تقبل لان اختلافهما في الانشاء والاقرار وقع في الفعل
فيمنع قبول الشهادة • وكذلك لو شهد احدهما انه قتله عمدا بالسيف
والاخر انه قتله بالسكين لم تقبل لان الفعل لم يتكرر باختلاف الآلة • ولو شهد
احدهما بالبيع والاخر بالاقرار به او احدهما بالاقراض والاخر بالاقرار به
تقبل وكذلك في الطلاق والعتاق بان شهد احدهما بالايقاع والاخر بالاقرار
به لان صيغة الانشاء والاقرار في هذه التصرفات واحدة فانه يقول
في الانشاء بعت واقرضت وفي الاقرار كنت بعت واقرضت فلم يمنع
قبول الشهادة • ولو شهد احدهما بانشاء القذف والاخر بالاقرار به
لا تقبل وان كان قولا لان في القذف صيغة الانشاء تخالف صيغة
الاقرار فانه يقول في الانشاء زنيت او يا زاني وفي الاقرار يقول كنت
قذفته وهما مختلفان لان احدهما قذف مبتدأ والاخر حكاية عن القذف
واما الاختلاف في السبب بان يشهد احدهما بالهبة والاخر بالصدقة
لا تقبل لانهما يشهدان بعقدين مختلفين • ولو ادعى على رجل بالف درهم

فشهد احدهما على خمسمائه من ثمن عبد قد قبضه وشهد الآخر على خمسمائه
من ثمن متاع قد قبضه فانه يقضى بخمسمائه بخلاف ما لو شهد احدهما انه
اشترى منه هذا العبد ونقده الثمن وشهد آخر انه وهبه منه
وسلمه اليه لا تقبل والفرق ان في حق العين الملك بسبب يخالف
الملك بغير سبب فان الملك بغير سبب يكون ثابتا من الاصل حتى يستحق
بزوائدها المنفصله وترجع الباعه بعضهم على بعض والملك بسبب
لا يكون ثابتا من الاصل حتى لا يستحق الزوائد المنفصله ولا يرجع الباعة
بعضهم على بعض بل ملكا حادثا فتعذر القضا بالملك بسبب
لاختلافهما فيه وتعذر القضا بغير سبب لانهما لم يشهدا به فاما
في حق الدين الثابت في المقبوض في الحالين ملك حادث فباي سبب
ثبت الدين ثبت ملك حادث فلم يختلف الملك فلم يمنع قبول
الشهادة كاختلاف المقر والمقر له في السبب لم يمنع صحة الاقرار
في حق العين والدين جميعا لان الثابت بالاقرار ملك حادث فكذا هذا
● شهد له شاهدان على رجل بالف درهم ثمن جاريه وقال المدعي
انما اشهدهما بذلك المشتري ولي عليه الف ثمن متاع جازت شهادتهما
لانه لم يكذبهما فيما شهدا به لما قال تحملا الشهادة هكذا لان الثابت
بشهادتهما كالثابت بالمعاينه ولو قال المشتري معاينه ومشاهدة
انها ثمن جاريه وقال البايع ثمن متاع يقضى به على المشتري لان الاختلاف
في الجهه لا يمنع صحة الاقرار فكذا هذا ولو قال لم يشهدها لا تقبل لانه

١٢٨

كذبهما فيما شهدا له وذكر في الجامع ولو ادعى دارا في يدي رجل انه
اشتراها من فلان او ورثها وشهوده شهدوا انها له لا تقبل لان
المدعي ادعى ملكا حادثا والشهود شهدوا بملك قديم لان الشهادة
بملك مطلق شهادة بملك قديم والملك القديم اكثر من الملك الحادث
لان القديم سبب لاستحقاق الزوايد والحادث لا فصار المدعي مكذبا
شهوده في الفضل ● ولو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا بملك بسبب
ذكر في الاصل تقبل لان المدعي ادعى اكثر الملكين والشهود شهدوا
باقلهما فلم يصر مكذبا شهوده كما لو ادعى الفا وخمسمايه والشهود
شهدوا بالف تقبل على الالف ● ولو كان المدعي ادعى الشرا و
الشهود شهدوا بالهبه والقبض لا تقبل لان الشهادة خالفت الدعوى
الا ان يوفق فيقول اشتريت منه فجحد عن اثباته فسعت اليه
فوهبها لي بعد ذلك ويأتي بالبينه على ذلك تقبل لان هذا التوفيق
محتمل الدعوى والشهادة فصح التوفيق وزالت المخالفة وصحت
الهبه لان البايع بجحوده البيع صار فاسخا له فلما استوهب منه المشتري
فقد اجابه لما لا يصح الا بعد قبوله الفسخ فتضمن قبولا للفسخ كما لو قال
لآخر بعت منك هذا العبد فقال المشتري فهو حر تضمن قبولا حتى عتق
عليه فكذا هذا واما الاختلاف في الزمان والمكان بان شهدا انه اشتراه
منه بالف الا انه شهد احدهما انه اشتراه منه منذ سنه وشهد الآخر
انه اشتراه منه منذ سنتين جازت الشهادة وكذا اذا اختلف شاهدا

الطلاق والعتاق في الوقت جازت الشهادة لان الاختلاف في الوقت
فيما هو مجرد القول لا يقدح في الشهادة بخلاف ما لو اختلفا في الوقت
في النكاح لا تقبل شهادتهما لان الشهادة قامت على القول والفعل لانه
لا بد للنكاح من حضرة الشهود وحضرة الشهود فعل والفعل مما
لا يتصور تكراره فيكون الثاني غير الاول فاما الطلاق والعتاق مجرد
قول فانه مما يتكرر ويكون الثاني عين الاول وذكر في المنتقى شهد
احدهما انه اعتق امته هذه ثم تزوجها وشهد آخر انه اقر انه اعتقها
وتزوجها تعتق ولا يثبت النكاح لان الاختلاف في الانشاء والاقرار
لا يمنع الشهادة في العتق ويمنع في النكاح لما بينا • ولو ادعى ثوبا في
يدي رجل انه وهبه منه منذ عشرة فشهد احد شاهديه منذ عشرة
والآخر منذ خمسة عشر لا تقبل لان المدعي اكذب شاهده الذي شهد به
منذ خمسة عشر ولو لم يوقت المدعي يقبل لان الشهادة وافقت دعوى
المدعي والاختلاف في الزمان فيما هو مجرد القول لا يقدح في الشهادة
• شهدا بالفعل واختلفا في المكان والزمان لا تقبل ولو شهدا بالقول
وبالفعل جميعا واختلفا في المكان او الزمان بان شهدا بالرهن والقبض
واختلفا في الزمان والمكان جازت الشهادة وكذلك الهبة والصدقة
وقال محمد ان شهدا على معاينة القبض والتسليم لم تجز وان شهدا على
اقرار المملك بالقبض والمسلم بالتسليم جازت لمحمد ان هذه شهادة قامت
على القول والفعل وهو القبض والاختلاف في الاوقات في الفعل يمنع قبول

الشهادة وفي القول لا يوقع الشك في القبول فلا تقبل لهما ان القبض
فعل الا انه يتكرر فقد يكون مرتين وثلثا مسندا الى عقد وسبب واحد
فيجعل الثاني تكرارا للاول توفيقا بينهما فشابه القول ولا كذلك القتل والغصب
لانه لا يتكرر بسبب واحد في المنتقى ولو شهد احدهما انه طلقها بالفارسية
او بالنبطية وقال الآخر طلقها بالعربية لم تجز شهادتهما ولو كان هذا في
اقرار بمال اجزته لان لفظة الفارسية مع العربية في الطلاق يختلفان معنى ويحتملان
وجوها شتى وفي الاقرار بالمال يتحدان معنى • ولو شهد شاهد انه قال لعبده
انت حر وشهد آخر انه قال بالفارسية ازادي قبلت الشهادة لانه ليس له وجه
غير العتق • ولو قال لامرأته ان طلقتك فعبدي حر فشهد عليه شاهد انه
طلقها اليوم وشهد آخر انه طلقها امس يقع الطلاق والعتاق لان الاختلاف
في الاوقات في القول لا يمنع قبول الشهادة • ولو قال ان ذكرت طلاقك او
سميته او تكلمت به فعبدي حر فشهد شاهد انه طلقها اليوم وشهد
آخر انه طلقها امس تطلق المرأة ولا يعتق العبد لان شهادتهما قد اختلفت
في الكلام فلم يثبت شرط العتق • ولو قال لامرأته ان كلمت فلانا فانت طالق
فشهد شاهد انه كلمه غدوة وشهد آخر انه كلمه عشية فانها تطلق لان
الكلام منه بمنزلة قوله طلقتك • وكذلك لو قال ان تكلمت بطلاقك •
ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق فشهد شاهد انه دخلها غدوة وشهد
آخر انه دخلها عشية لم تطلق لان الدخول منه فعل واختلاف الوقت في
الفعل يقدح في الشهادة وكذلك لو جعل امر امرأته بيدها شهرا فشهد شاهد

انها اختارت نفسها يوم الجمعة وشهد آخران انها اختارت نفسها يوم
الخميس لا تقبل شهادتهما لان الاختيار منها فعل والاختلاف في الوقت
في الفعل يمنع قبول الشهادة ۞ فصل شهد احدهما بالف والاخر
بالفين والمدعي يدعي الالفين لا تقبل عند ابي حنيفة وعندهما تقبل على الالف
وكذلك لو شهد احدهما انه طلق امراته ثلثا والاخر انه طلقها واحدة او
شهد احدهما بواحدة والاخر بثنتين لا تقبل عنده وعندهما تقبل على الاقل
لهما انهما اتفقا على الف واحدة وعلى طلاق واحد الا انه تفرد
احدهما بالزيادة لان في الالفين الف وزيادة فيكون الشاهد بالالفين شاهدا
بالف فيقضي بالاقل له انهما اختلفا في الشهادة لفظا ومعنى اما لفظا
فظاهر واما معنى فلان الشاهد بالالفين والثلث لا يكون شاهدا بالالف
والواحدة لان الالف غير الالفين والواحدة غير الثلث لانه لا يعبر بكل
واحد منهما عن الاخر والالف والواحدة لان اسم احد العددين لا يتناول
العدد الاخر والالف والواحدة يندرجان في الالفين والثلث ضمنا وتبعا
لا لسانا لانهما صريحا وتنصيصا فاذا لم يثبت المصرح والمفصح لا يثبت
ما في ضمنه ضرورة ۞ ولو شهد احدهما على الف والاخر على الف وخمسمائة
او شهد احدهما بمائة وخمسين والاخر بمائة تقبل او شهد احدهما على تطليقة
والاخر على تطليقة ونصف والمدعي يدعي الاكثر قضي بالاقل اتفاقا
لانهما اتفقا على الالف لانهما نطقا بالف وصرحا بها وتفرد احدهما
بزيادة خمسمائة فتثبت الالف باتفاقهما وان كان المدعي يدعي الاقل فشهادة

الذي شهد بالاكثر باطلة لان المدعي كذبه في بعض ما شهد به حتى لو قال
صدق لكني استوفيت خمسمائة وابراته عنها صحت الشهادة بخلاف
تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لان التكذيب تفسيق من المكذب والفسق
يمنع قبول الشهادة ولا يمنع صحة الاقرار ولو شهد احدهما بالعشرة
والاخر بخمسة عشر لم تقبل عند ابي حنيفة وان كان المدعي يدعي خمسة عشر
ولو شهد احدهما بعشرين والاخر بخمسة وعشرين تقبل اتفاقا على اقل
المالين والفرق ان خمسة عشر اسم واحد وانه غير العشرة لفظا
ومعنى فاما الخمسة مع العشرين اسمان مختلفان لان احدهما معطوف على
الاخر والمعطوف غير المعطوف عليه فحصل الاتفاق على اقل المالين ۞ ولو
شهد احدهما على الصلح بمائة درهم والاخر على الصلح ولم يسم شيئا وشهدا
جميعا انه استوفى جميع ما صالح عليه فهو جائز وكذلك لو شهدا في الشرا
بمثله لانهما شهدا بعقد واحد حقيقة لان الساكت عن تسمية البدل كانما
سمى مثل ما سماه الناطق فلا يصير المشهود به عقدين بالشك والاحتمال
فلم يختلف المشهود به وصار كما لو لم يسميا البدل تقبل شهادتهما حتى
ذكرا قبض البدل ۞ شهد احدهما بالبيض والاخر بالسود والمدعي يدعي
البيض قضي بالسود ولو كان يدعي السود لا تقبل وكذلك الحنطة الجيدة
والردية على هذا لان الشاهدين اتفقا على الالف السود لفظا ومعنى لان
في البيض سود وزيادة لان البيض عبارة عن الجودة والسود عبارة عن
الردية فقد اتفقا على اقل المالين وتفرد احدهما بزيادة صفة

نعني بالاقل وكذا هذا ه ولو شهد احدهما بالحنطة والاخر بالشعير لم تقبل
انما قال لان الحنطة مع الشعير جنسان مختلفان لفظا ومعنى فلا يكون على
احدهما الا شاهد واحد ه لو شهد احدهما انه طلق زوجته ثلثا والاخر
انه قال لها انت علي حرام لا تقبل بالاجماع لانهما لفظان مختلفان لا يعبر
باحدهما عن الاخر ومعنى اللفظين وان كان متحدا وهو البينونة ولكن
المعنى يثبت باللفظ فاذا لم يثبت اللفظ لا يثبت المعنى ولا يثبت واحد من
اللفظين الا بشاهدين ه ولو شهد احدهما بالرجعي والاخر بالباين يقبل
على الرجعي لانهما اتفقا على لفظ الطلاق وتفرد احدهما بزيادة صفة
بينونة فيقضى بما اتفقا عليه دون ما انفرد احدهما وكذلك لو شهد
احدهما على تطليقة والاخر على واحدة وعشرين قبلت على الواحدة
لانهما اتفقا على الواحدة وتكلما به ولو شهد احدهما انه قال ان دخلت
فلانة وفلانة الدار فهما طالقان وقد دخلتا وشهد الاخر انه قال ان
دخلت فلانة الدار فهي طالق وقد دخلت لا تقبل لانهما شهدا بيمينين مختلفين
لانهما شهدا بشرطين مختلفين لانه شهد احدهما ان شرط الحنث دخولهما
وشهد الاخر ان شرط الحنث دخول واحدة منهما والشرطان المختلفان لا يكونان
الا في يمينين مختلفين ولم تتم على كل واحد منهما الا شاهد واحد ه ولو شهد
احدهما انه قال ان دخلت الدار فانت طالق وفلانة معك والاخر شهد
انه قال ان دخلت الدار فانت طالق تقبل لانهما اتفقا على ان شرط الحنث واحد
وهو دخول فلانة الدار واتفقا فيما وقع به الطلاق على واحدة وتفرد
احدهما بزيادة وهو وقوع الطلاق على الاخرى فيثبت ما اتفقا عليه
ولو يثبت ما انفرد احدهما به ه

المنتقى ولو شهد احدهما انه طلقها واحدة باينة وشهد الاخر
انه طلقها ثلثا فهي واحدة يملك الرجعة لانهما اتفقا على واحدة
رجعية لان شاهد الثلث شهد على واحدة مطلقة غير مقرونة
بالابانة فقد اتفقا على اصل الطلاق وتفرد احدهما بوصف
البينونة فثبت الاصل ولغى الوصف وهذا قياس قولهما لا قول
ابي حنيفة لان عنده الشاهد بالثلث لا يكون شاهدا بالواحدة
ه عبد اشترى وباع حتى لحقه دين فانكر مولاه ان يكون اذن
له في التجارة فشهد شاهد ان مولاه راه يبيع البز فسكت
عنه وشهد اخر انه راه يبيع الرقيق فسكت عنه لم تقبل ولو
شهد احدهما ان مولاه قال له اشتر البز وبع وقال الاخر انه
قال له اشتر الرقيق وبع تقبل هذه الشهادة على الاذن والفرق
ان المسكوت انما جعل اذنا شرعا عند وجود التصرف ولم
يثبت واحد من التصرفين فلم يجتمعا على الاذن فلم يثبت الاذن
فاما الامر بالشرا في نوع يكون اذنا بالشرا في جميع الانواع والامر
بشرا البز والامر بشرا الرقيق سيان في الاذن بالتجارة فقد اجتمعا
على الاذن له في التجارة فيثبت الاذن ه شهد احدهما على رجل
انه اقر انه ساكن لهذه الدار وشهد الاخر ان الدار له لا تقبل وان قال
احدهما انه اقر ان الدار له وشهد اخر انه ساكن لها قضي بالدار
لان السكنى لا تكون الا باقرار منه بانه ساكن فقد شهد كلاهما على
الاقرار وفي الصورة الاولى لم يتفقا على الاقرار

شهد شاهدان على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع عند
أبي حنيفة وعندهما لا تقطع فإن قال أحدهما أنها بقرة وقال الآخر
ثور لم تقطع بالإجماع لهما أن هذا الاختلاف يمنع الشهادة في
الغصب حتى لا يقضى بالمال فلأن يمنع الحكم بالحد أولى لأنه يحتال لدرئه ما
أمكن له أنه أمكن التوفيق بينهما لأن البقرة قد يجتمع فيها لونان أحد
جانبيها أسود والآخر أبيض فرأى كل شاهد جانبا على حدة ويحتمل
أن تحمل هذه الشهادة كان في ظلم الليالي وهو العادة والألوان تتشابه
في ظلم الليالي بخلاف الذكورة والأنوثة لأن اجتماعهما وتشابههما
غير متصور وبه فارق الغصب لأنه يكون نهارا جهارا والشاهد
يكون قريبا من الغاصب فلا يشتبه عليه الألوان **الجامع** أصله أن الشاهدين
متى اختلفا لفظا واتفقا معنى بأن شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية
أو النحلى أو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج فإنه تقبل شهادتهما
لأن اعتبار المعنى أولى من اعتبار اللفظ وإن اختلفا لفظا ومعنى
لا تقبل شهادتهما لأنهما متى اختلفا معنى كان المشهود به شيئين
مختلفين فلا يكون على كل واحد منهما إلا شاهد واحد وكذا لا
بد للمدعي أن يدعي أحدهما ومتى ادعى أحدهما فقد أكذب شاهده
الآخر فلا يبقى إلا شاهد واحد ثم المسائل على ثلاثة أوجه إما
أن ادعى من عليه الدين الإيفاء أو الإبراء أو الهبة منه فإن ادعى إيفاء الدين
فشهد أحد الشاهدين بالإقرار بالاستيفاء والآخر بالإبراء لا تقبل لأنهما
اختلفا لفظا ومعنى لأن الإيفاء يوجب براءة بعوض والإبراء يوجب

براءة بغير عوض فصار كما لو ادعى البيع فشهد أحدهما بالبيع والآخر
بالهبة لا تقبل فكذا هذا ولو شهد الذي يشهد بالبراءة أن صاحب الحق
أقر أن الغريم برئ إليه من المال قبلت شهادتهما لأنهما اتفقا على الإيفاء
معنى لأن البراءة المضافة إلى الغريم إنما هي البراءة بالإيفاء ولهذا لو كتب
في صك الاستيفاء وبرئ إليه مكان قوله استوفى منه ولهذا لو أقر
المكفول عنه أن الكفيل برئ إلى الطالب مما كفل به كان له أن يرجع
بذلك على المكفول عنه كما لو أقر أنه استوفى فإذا كان كل واحد من اللفظين
مما يعبر به عن الآخر فقد اتفقا معنى فأما البراءة المضافة إلى صاحب
الحق لا يعبر بها عن الإيفاء فاختلفا معنى ● ولو شهد أحدهما بالاستيفاء
والآخر بالتحليل أو الإحلال أو الهبة أو الصدقة لا تقبل لأن هذه الألفاظ
تستعمل للإبراء فإنه كما يقال أبرأته من الدين يقال حللته ووهبته منه
وصدقته عليه ولو ادعى الإيفاء فشهدا أنه أبرأه أو حلله تقبل لأن الغريم
ادعى براءة مفسرة وهي البراءة بالإيفاء والشهود شهدوا ببراءة مجملة
محتملة تحتمل البراءة بالإيفاء وتحتمل البراءة بالإبراء فكان ما شهدا به
داخلا تحت الدعوى من وجه فلم يثبت التكذيب بالاحتمال ● ولو شهدا
بالهبة أو الصدقة أو النحلى أو الإحلال لا تقبل لأن هذه الألفاظ تستعمل
في البراءة بالإبراء لا في البراءة بالإيفاء والمدعي ادعى البراءة بالإيفاء فلم يكن
ما شهدا به داخلا تحت الدعوى فأما إذا ادعى الغريم الإبراء
فشهد أحدهما بالإبراء والآخر بالهبة له أو التصدق والنحلى أو الإحلال أو
التحليل تقبل لأن هذه الألفاظ تستعمل للإبراء بغير عوض فقد اتفقا معنى

وهبة الدين في حق المطلوب ابرآء واسقاط حتى يصح من غير قبول المطلوب
ويملك من وجه حتى يرتد بالرد والهبة والابرا في حق المطلوب متفقان
معنى ٭ ولو ادعى البراءة فشهد احدهما بالهبة والاخر بالصدقة لا
تقبل لان الهبة والصدقة مختلفان لفظا ومعنى لان الهبة انما تقصد
بها التودد والتحبب والمكافاة من جهة الموهوب له والصدقة
تقصد بها ابتغاء رضا الله تعالى ونيل ثوابه والنجاة من عذابه ولهذا
تجوز الهبة للغني والفقير والصدقة لا تجوز الا للفقير ٭ ولو ادعى
الابرآء او التحليل فشهد على الاقرار بالاستيفاء يسئل الغريم عن البراءة والتحليل
اكانت بالاستيفاء او بغيره فان قال بالاستيفاء تقبل وبغيره لا تقبل وكذلك
ان سكت لا تقبل لان المدعي ادعى براءة مجملة محتملة قد تكون بالايفاء وقد تكون
بالابراء والشهود شهدوا ببراءة مفسرة بالايفاء فبطلبه البيان من جهة
المدعي فاما اذا ادعى الغريم الهبة فشهد احدهما بالهبة والاخر بالصدقة
لم تقبل لما بينا ولو شهد احدهما بالبراءة والاخر بالتحلي والعطية او
التحليل او الاحلال تقبل لان هبة الدين تذكر للبراءة بالابرا وهذه الالفاظ
تستعمل للبراءة بالابرا ايضا لانها تستعمل للبراءة لغير عوض فقد اتفقا
معنى ٭ ولو ادعى الهبة او الصدقة او التحلي او الاحلال فشهدا بالاستيفاء
لا تقبل لان المدعي ادعى براءة بغير عوض والشهود شهدوا ببراءة بعوض
فلم يكن ما شهدا به داخلا تحت الدعوى ٭ واذا ادعى الكفيل الايفاء فشهد
له بالبراءة يقضى له بالبراءة ويقضى للطالب بحقه على المطلوب ولا رجوع
للكفيل على المطلوب لان الثابت بشهادة الشهود براءة الكفيل لا بـ

البراءة محتملة للبراءة بالايفاء فوقع الاحتمال في الايفاء ودين الطالب
كان ثابتا قبل المكفول عنه فوقع الشك في الابطال فلا يبطل بالشك والاحتمال
فاما براءة الكفيل ثابتة بلا ريب واحتمال كانت البراءة بالايفاء او بالابرا
فيقضى له بالبراءة بلا ارتياب ولا رجوع للكفيل لانه ادعى شيئين الابرا عما
كفل له وملك مثل ما في ذمته من الدين بالايفاء وقد اتفق الشاهدان على البراءة
فثبت ولم تقم الحجة على ملك ما في ذمته بالايفاء فلم يرجع

باب الشهادة على الشهادة

يحتاج الى معرفة جواز الشهادة
على الشهادة ووقتها وكيفية الاشهاد من الاصل وكيفية الاداء من الفرع
اما جوازها فثابت استحسانا لا قياسا لانه لا يقع العلم للفروع باصل
الحق على المطلوب بشهادة الاصول لاحتمال تهمة الكذب في شهادة الاصول
والعلم يقينا واحاطة شرط لصحة الشهادة بالنص وجه الاستحسان
انا جوزنا الشهادة على الشهادة لتعامل الناس باعتبار الضرورة
والحاجة وهي ضرورة احياء الحقوق وصونها عن الزهوق فان شاهد
الاصل قد يموت وقد يغيب ولا يكون للمشهود له على اصل الحق شهود
اخر فمتى لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى ابطال الحقوق وذكر
الناطفي في واقعاته ان الشهادة على الشهادة في الوقف لا تجوز والصحيح
انه تجوز لما فيها من احياء الوقف وصونه عن اندراسه ٭ ولا تجوز الشهادة
على الشهادة في القصاص والحدود خلافا للشافعي لانه تمكنت في
شهادتهم زيادة تهمة وريبة وهي عدم الاشهاد من الاصول وقد
امكن الاحتراز عنها بجنسه من الشهود ولا ضرورة لعدم كثرة الوقوع

والوجود بخلاف غير الحدود لان التصرفات مما يكثر وقوعها ووجودها
فمست الضرورة الى قبول هذه الشهادة فيها فان شهد شاهدان
على شهادة شاهدين ان قاضي بلد كذا ضرب فلانا حدا في قذف
تقبل وذكر في كتاب الديات انها لا تقبل لان رد الشهادة من تمام
الحد ولم يستوف بعد رد الشهادة فتكون شهادة على ايجاب الحد
بهذا القدر والشهادة على الشهادة لا تقبل على ايجاب الحد قال و
كثير وجه هذه الرواية ان الشهادة قامت على استيفاء الحد لا
على ايجابه لانهم شهدوا انه حده حد القذف فتصير الشهادة مردودة
ضرورة اقامة الحد والشهادة على الشهادة تقبل على استيفاء الحد
ه شهدا على شهادة عدلين والفرعان لا يعرفان المشهود عليه
وجاءا بامراة وقالا لا ندري هي هذه ام لا فانه يقول القاضي للمدعي
ائت بشاهدين انها فلانة المشهود عليها لان الشهادة على الحاضر
لا تصح الا بالاشارة لاحتمال ان تكون هي امراة اخرى فوجب التوقف
والتثبت فيها ويستكشف حالها بالطلب باقامة البينة على
تعيينها وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه بمنزلة الشهادة
على الشهادة واما وقت تحملها العجز عن شهادة الاصل فانه
ذكر في الجامع الصغير الشهادة على الشهادة لا تجوز حتى يكون شاهد
الاصل مريضا او على مسيرة سفر لما بينا ان فيها زيادة تهمة
امكن الاحتراز عنها خشية من الشهود فلا تحمل الا عند العجز
عن الاصول وذلك بالمرض والسفر واقل مدته ثلثة ايام وروى

عن ابي يوسف انه قال ان كانت مسافة لو غدا الى القاضي وشهد لا
يروح الى منزله تجوز ان يشهد على شهادته لان احياء حقوق المسلمين
واجب ما امكن وهذا يوجب احياء الحقوق لان الشاهد محتسب فلا
تجوز ان يكلف ما فيه حرج وفي البيتوتة في غير منزله حرج والظاهر
انه لا يتكلف لذلك لاقامة الحسبة وهذا حسن واما كيفية الاشهاد
من الاصل ذكر في الجامعين ولا تجوز الشهادة على الشهادة حتى يقول
الاصل اشهدوا على شهادتي بذلك او اشهدوا ان فلانا اقر عندي ان
لفلان عليه الف درهم فاشهدوا على شهادتي بذلك اذا احتيج اليها
لان الشهادة على الشهادة توكيل وتحميل لانه لا بد من نقل الشهادة الى
القاضي والنقل لا بد له من التحمل والتحميل لا يصح الا بالامر ولهذا لو نهى
الاصول الفروع عن الشهادة بعد الامر والتحمل عمل النهي في التبطيل
ولو قال اشهد على شهادتي فسمعها رجل آخر لم تجز له ان يشهد على شهادته
لان التحميل شرط ولم يوجد في حقه بخلاف القاضي اذا اشهد قوما على
قضيته وسمع ذلك آخرون منه وسع للسامعين ان يشهدوا لان قضيته
حجة بمنزلة الاقرار مشافهة والمبايعة بالمعاينة فيصح التحمل من غير
تحميل وتوكيل وان قال اشهدوا على ذلك او قال اشهدكم فاشهدوا او
فاشهدوا بشهادتي لا يصح لانه لم يوجد التحميل لانه لم يامرهم بنقل شهادته
بل امرهم ان يشهدوا على فلان باصل الحق وليس لهم ذلك لانهم لم يعلموا بوجوب
الحق على المشهود عليه واما كيفية الاداء من الفروع ان يقولوا عند
الحاكم نشهد ان فلان بن فلان على اقرار فلان بن فلان بكذا واشهدنا على شهادته

وامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته فيحتاج الى ذكر
اربع شهادات ثنتيها للتحميل وتكميلا للنقل والتحويل ۝ ولا يجوز
على شهادة رجل اقل من شهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك
يجوز شهادة واحد وقال الشافعي لا يجوز اقل من شهادة اربعة على
شهادة واحد والصحيح قولنا لقول علي رضي الله عنه لا تقبل
على شهادة الميت دون رجلين ولان الفرع ينقل شهادة الاصل الى
القاضي والنقل لا يثبت بشهادة الفرد وليثبت بما يثبت به الاصل
وهو الجمع والشفع ۝ ولو شهد رجلان على شهادة رجلين جاز
لانهما قامت على شهادة كل اصل شهادة رجلين ۝ ولو شهدا
على شهادة رجل واحد هما يشهد بنفسه ايضا لم يجز لان شهادة الاصل
الحاضر على شهادة الاصل الغايب غير مقبولة لانها لو قبلنا لادى
الى ان يثبت بشهادته ثلثة ارباع الحق نصف الحق بشهادته وحده
وربع الحق بشهادته مع اخر على شهادة الاصل الغايب ولا يجوز
ان يثبت بشهادة الواحد ثلثة ارباع الحق لانه ما شطر الحجة وفي
على شهادة الاصل الغايب شاهد واحد فلا يثبت نقل شهادة
الاصل الغايب ۝ الاصل ان الاشهاد متى صح ثم حدث في الاصول
جرح يبطل الشهادة كالعمى والخرس والجنون والردة فانه يبطل الاشهاد
لان الفروع انما ينقل شهادة الاصل وقد بطلت الشهادة قبل القضا
بها فلا يصح النقل من الفرع ولانه مامور بنقل شهادة الاصل وقد بطلت
ولم يبق له شهادة فلم يبق الامر فلم يبق مامورا بالنقل وان حدث في الاصول

جرح يوجب التوقف والشك في شهادته كالفسق فانه لا يبطل شهادة
الاصل الفرع لكن يتوقف فيها ويجوز القضا بها لانه صح الامر بهذا القدر
وان حدث في الاصل ما ليس بجرح كالغيبة والموت فانه لا يبطل الاشهاد
كما لو شهد الاصل ثم غاب او مات لا تبطل الشهادة لانا لو جعلنا الغيبة
والموت مبطلا للشهادة والاشهاد ادى الى ابطال حقوق الناس فلم يجعل
مبطلا صيانة لحقوقهم ۝ واذا ارتد شاهدا الاصل ثم اسلما فشهد الفرع
لا تقبل لان بالردة بطل الامر بالاشهاد فيعتبر بما لو بطل بعيبه ولو بطل الامر
بعيبه بعد الاشهاد لا تقبل شهادة الفرع فكذا هذا ۝ ولو اشهد الفاسق على
شهادته ثم تاب فشهد الفرع بنقل ولا يجب القضا بها الا بعقد اخرى لانه لم
يكن وقت الامر بالنقل شهادته موجبة للقضا بل شهادة يتوقف فيها فصح
الامر بنقل هذه الشهادة ولا يصح نقل شهادة موجبة للقضا فشهدا
على شهادة فاسقين فرد القاضي لتهمة الاصول ثم تاب شهود الاصل
لم يقبل شهادة الاصل ولا الفرع لان المردود شهادة الاصل لان المنقول
من الفروع شهادة الاصل فيعتبر بما لو شهد الاصل بنفسه فرد القاضي
شهادته بتهمة الكذب لا تقبل شهادته ولا شهادة فرعه في هذه الحادثة
ابدا فكذا هذا ۝ ولو رد شهادة الفرع لتهمة فيه ثم شهد الاصل تقبل في
رواية لان المردود شهادة الفرع لا شهادة الاصل لان الرد لم يتصل
بشهادة الاصل لان التهمة لم يتمكن في شهادته بل تمكنت في نقل الفرع
وفي رواية لا تقبل لانه ثبت شبهة الرد في شهادة الاصل لان قبول
شهادة الفرع قبول شهادة الاصل فيكون الرد لشهادة الفرع رد الشهادة

الاصل من وجه ان شهد على شهادة كافرين او عبدين ثم اسلما او
اعتقا جازت الشهادة لان الامر بنقل الشهادة من الاصل قد
صح لانه من اهل تحمل الشهادة وقت الامر لانه من اهل المعرفة
والتمييز فصح التحمل من الفرع لبلوغهم ان يصير اهلا للاداء والثاني
المنتقى ولا تجوز شهادة الابن على شهادة ابيه وعلى كتابه وقضائه
وذكر الخصاف في ادب القاضي انه تجوز شهادة الابن على شهادة ابيه
ولا تجوز شهادته على قضائه والفرق ان القضاء فعل ابيه والابن
قائم مقام ابيه في الشهادة والاب لو شهد على الحق تقبل فكذلك الابن
والاب لو شهد على فعل نفسه لا تقبل فكذا الابن وقيل هذا قول ابي
يوسف وما ذكر في المنتقى قول محمد لانه لا منفعة للاب في هذه
الشهادة ولا دفع مغرم ولا جلب مغنم

باب الشهادة في الميراث والموت والنسب

لقبول الشهادة على الارث شرائط اربعة احدها ان يشهدوا انه
كان لمورثه حتى لو قالوا انه لمورثه لا تقبل لانهم شهدوا باثبات الملك
والحالية للميت في الحال وانه محال والثاني ان يشهدوا على الانتقال
الى الوارث بان يشهدوا انه كان لابيه مات وتركه ميراثا له او شهدوا
انه مات وتركه ميراثا له ولم يقل انه كان يملكه او شهدوا انه كان
في يده يوم الموت فتقبل بالاجماع لان اليد عند الموت لا تكون الا يد
ملك لان يده عند الموت يد امانة او غصب تنقلب يد ملك اذا مات
مجهلا لانه يصير به مستهلكا وكانت الشهادة على اليد شهادة على

الملك وقت الموت فيثبت الانتقال الى الوارث بطريق الضرورة وكذلك
لو اقام الوارث البينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها
الذي في يديه فانه ياخذها ولا يكلف اقامة البينة على انه مات وتركها
ميراثا له لان الاعارة والايداع اثبات اليد من جهة الميت فيصير
ذلك اثباتا ليد الميت عند الموت وذلك بمنزلة التنصيص على الانتقال
الى الوارث ٥ ولو شهدوا انه كان لابيه ولم يقولوا انه تركه ميراثا
له لم تقبل عندهما وقال ابو يوسف تقبل لان ملك الوارث هو عين
ملك المورث حتى يرد بالعيب ويرد عليه فصارت الشهادة
بالملك للمورث شهادة بالملك للوارث ولهما ان ملك الوارث
في حق العين متجدد الا ترى انه لو كانت صدقة للمورث تحل للوارث
وان كان غنيا ولو كانت جارية يلزمه الاستبراء فلا بد من ذكر
النقل الى الوارث وانما يملك رده بالعيب لانه قائم مقام المورث
في العين فيستحق ما كان مستحقا للمورث وذكر الحاكم في المختصر
لو اقام البينة في دار انها لجده مات وتركها ميراثا له لم يقض له حتى
يشهدوا انه وارث جده لا يعلمون له وارثا غيره عندهما وقال ابو
يوسف اقضي للجد واضعها على يدي عدل حتى يصححوا عدد
ورثة الجد والثالث ان يشهدوا انه وارثه لا يعلمون له وارثا
غيره فانه يدفع المال الى المدعي ولا يكلف الشهود ان يقولوا انه لا وارث له
على البتات خلافا لابن ابي ليلى لانه لا علم بنفي وارث غيره على القطع والبتات
لانه لا يمكنه ان يستصحبه جميع عمره بحيث لا يغيب عنه حتى لا يعلمه

لا وارث له غيره يقينا واحاطة فكانت الشهادة بنفي وارث مطلقا
شهادة بما لا علم به فلا تقبل • وان شهدوا انه وارثه لا وارث له غيره على
البتات لا تقبل هذه الشهادة قياسا لانه لا علم للشاهد بما شهد به
وتقبل استحسانا لانه امكن ان نجعل قوله لا وارث له غيره كناية عن
قوله لا نعلم له وارثا غيره فنجعل كذلك تصحيحا للكلام • وان شهدوا انهم
لا يعلمون له وارثا غيره بارض كذا قال ابو حنيفة تقبل هذه الشهادة وقالا
لا تقبل حتى يشهدوا على الاطلاق انهم لا يعلمون له وارثا غيره لانهما
خصا هذا المكان بالنفي ولو علما انه لا وارث له غيره في الدنيا كلها
لم يكن لتخصيص هذا المكان بالنفي فائدة فثبت وجود وارث اخر في غير
مكان النفي مقتضى فائدة التخصيص له او وجود وارث اخر في
مكان اخر غير ثابت مقتضى فائدة التخصيص لجواز انهما انما خصا
هذا المكان بالنفي لانهما تفحصا عن الوارث في هذا المكان فلم يقفا
عليه ولم يتفحصا عن مكان اخر فسكتا عن النفي في مكان اخر بسبب
انهما لم يتفحصا لا بسبب انهما علما له وارثا في مكان اخر • ولو
شهدوا بكونه وارثا ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان كان ممن
يرث في حال دون حال لا يدفع المال اليه حتى يتلوم القاضي فلم يعلم
له وارثا آخر فانه يدفع المال اليه لان نفي وارث آخر لم يثبت بالشهادة
ولا بما اقيم مقامها من تلوم القاضي • وان كان ممن يرث على كل
حال نظر القاضي واحتاط ثم قضى له بكله والفرق بينهما ان من هو
وارث بكل حال فاستحقاق الارث ثابت بكل حال ووقع الشك في

حجب البعض بان كان معه وارث اخر يحجبه عن البعض وان لم يكن
يستحق الكل فالثابت بكل حال لا يزال بالشك والاحتمال واما من
يرث في حال دون حال الشك وقع في استحقاق الكل لا في الحجب
فلا يدفع المال اليه بالشك • وذكر ان القاضي يحتاط ويتلوم زمانا
قدر ما يقع في غالب رايه انه لو كان له وارث اخر لظهر في مثل هذه
المدة ولم يقدره بشيء وذكر الطحاوي وقدر لذلك حولا لان الغيبة
قد تمتد الى حول قيل هذا قولهما وما ذكر في المبسوط قول ابي حنيفة
لانه لا يرى التقدير بالاجتهاد اذا لم يكن فيه نص او اجماع بل هو موكول
الى راي من ابتلي به وهما يثبتان المقدار بالاجتهاد كما قالا في التعزير
وفي الزوج والزوجة يقضى باقل النصيبين عندهما وقال محمد وهو رواية
عن ابي حنيفة باكثرهما لمحمد ان القاضي متى تلوم زمانا ووقع في غالب
رايه انه ليس له وارث اخر ثبت النفي بدليله لان غلبة راي القاضي حجة
متى وقع الشك في دفع بعض المال لهما ان انتفاء وارث اخر لم يثبت بحجة
وانما ثبت بتلوم القاضي وظنه ورايه وانه لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن
ثابتا والزيادة على اقل النصيبين لم يكن ثابتة فوقع الشك في استحقاقهما
فلا يستحق بالشك فاما الاقل متيقن فيه فيستحقه وفي رواية عن ابي حنيفة
للزوجة ربع الثمن لانه متيقن فيها لجواز ان يكون معها ثلث نسوة سواها
وللميت ولد فيكون الثمن بينهن وفي رواية لها ربع التسع لجواز ان يكون للميت
ابنان وابوان وثلث نسوة سواها فيكون الفريضة من اربعة وعشرين
وعالت الى سبعة وعشرين فيكون للنسوة ثلثة من سبعة وعشرين وذلك

تسعه فيكون بينهن اربعة والرابع ان يبينوا وجه الاستحقاق
حتى لو قالوا مات اخوه وتركه ميراثا له لا تقبل حتى يقولوا لابيه او لامه
او لهما لان اسباب الوراثة مختلفة لما بينا ٥ رجل مات فاقام رجل
بينة انه ابن عم الميت فلان بن فلان الفلاني ووارثه لا يعلمون له وارثا
غيره فالميراث له لان الابن مقدم عليه ولانا في بين الثاني والاول
فان الانسان يجوز ان يكون له ابن وابن عم ايضا ولو اقام الثاني البينة ان
الميت فلان بن فلان الفلاني ونسبه الى اب غير الاب الذي نسبه البينة الاولى
ووارثه لا يعلمون له وارثا غيره لم تقبل ولم يحول النسب من اب الى اب ومن
فخذ الى فخذ اخر لانه لما ثبت نسبه من الاول خرج من ان يكون محلا لاثباته
من انسان اخر فالبينة الثانية قامت في غير محله فلا تقبل الا ترى لو تنازع
رجلان في مولود فاقام احدهما البينة وقضى القاضي بالولد له ثم
اقام الاخر البينة لا تقبل بينة الثاني وكذلك لو تنازعا في نكاح امرأة
فاقام احدهما البينة وقضي له بالنكاح ثم اقام الاخر البينة لا تقبل
بينة الثاني لما قلنا فكذا هذا الزيادات اصله ان العلم بالمشهود به
شرط لصحة القضاء لان المقصود من القضاء هو الالزام ولا يتصور
الالزام بدون العلم بالمشهود به ٥ شهدا ان هذا وارث فلان لا يعلمان
له وارثا غيره ولم يخبرا بنسب يرث به لا تقبل لان القاضي لا يتمكن من
القضاء بالوراثة الا بعد القضاء بسببها لانه يتعذر القضاء بالوراثة له
مطلقا لان اسبابها مختلفة واحكامها متفاوتة فلا يتمكن من القضاء
بسبب منها مع الجهالة فيتعذر القضاء اصلا وكذلك لو شهدا انه اخوه

او عمه او مولاه لا تقبل لان الاخوة والعمومة مختلفة فلا يتعلق بها
العصوبة ان كانت لاب وام او لاب وهو قد يتعلق بها الفرضية
ان كانت لام واحكامهما مختلفة في الحجب ولو قضى لهذا بالميراث
ربما يجي اخر فيدعي الميراث ولا يدري ان هذا حاجب للاول او
محجوب به وكذلك اسم المولى مشترك بين المولى الاعلى والاسفل فيتعذر
القضاء بالوراثة ٥ وكذا لو شهدا انه جده او جدته لانه قد يكون
صحيحا وقد يكون فاسدا ٥ ولو شهدا انه ابوه او امه او ابنه او بنته
او بنت ابنه تقبل لان الابوة والبنوة لا تختلف احكامها

فصل

ولو شهدا ان قاضي بلد كذا قضى لهذا بانه وارث الميت وقالوا ما
ندري ان هذا وارث او لا تقبل لان مطلق فعل القاضي محمول على الصحة
والسداد وعلى موافقة الشرع والرشاد وهو انه استقصى في بيان
النسب فلا يكون اقدامه على القضاء الا بعد العلم بالسبب ولكن يسال
القاضي المدعي عن نسبه ويقضي به وهذا السوال ليس بشرط لنفاذ
القضاء ولكن لصون القضاء والنظر لمن يجي بعده بالحجر ويدعي انه
هو الوارث ليعرف القاضي انه حاجب للاول او محجوب به فان جاء
اخر واقام البينة انه وارث الميت نظر فيما اقر الاول به فان كان وارثا
مع الثاني بحال جعلناه وارثا معه وان لم يرث معه يقضي للثاني
لانه قضى بالوراثة بجميع المال للاول فلا يبطل قضاؤه الا بالخطا المتيقن
به وانما يتيقن بالخطا اما في البعض بان بين الاول انه ابن الميت وبين الثاني
انه ابوه فقد تحقق الخطا بقدر السدس فيعطي للثاني السدس او ادعى

الاول انه اب الميت واقام الثاني البينه انه ابوه كان الميراث للثاني
لان من ضروره كون الثاني اباله بالبينه العادله انتفا ابوه الاول
• فان قضى للثاني ثم اقام الاول البينة انه ابوه لا تقبل الا ان يشهد شهوده
ان القاضي الاول قضى بشهادة شهوده انه ابوه فحينئذ تقبل لان الابوه
مما لا تحتمل التعدد ولا تقبل التحول بعد ما تاكد للاول بالقضا لا يتصور
اثباتها لغيره وتحويلها اليه كمن اقام بينه على نكاح امراه وقضى له
بها ثم اقام اخر بينه انها امراته لا يقضى للثاني لان المشاركه لما لم تتحقق
في الزوجيه لا بد من ترجيح احدهما على الاخر فرجحت المناكحه السابقه
على اللاحقه والقضا النافذ بيقين لا يجوز نقضه بالشك والظنين
وان كان القاضي الثاني قضى للاول لما اقام البينه على قضا القاضي الاول فانه
وارث الميت ثم اقام الثاني البينه انه اخ الميت او ابنه والمقضي للاول عمه
او وصي جعل للاول افضل الميراث وللثاني اقل مما يكون لان القضا الاول
قد نفذ بيقين فلا يجوز ابطاله الا بيقين مثله ولا يتيقن الا في الاقل • فان كان
الثاني يسقط حال جعله ساقطا بالاول لانه لما لم يتيقن عنده سبب
قضا الاول حمل ذلك على افضل الجهات والاسباب حتى لا يحتاج الى نقض
القضا بالشك

باب الشهاده على اثبات الملك للميت

المبسوط

دار في يدي رجل اقام اخر البينه انها ميراث له ولاخيه
من ابيه والاخ غايب يقضى له بالنصف ويترك نصف الغايب في
يد ذي اليد الى ان يحضر ولا يستوثق منه عند ابي حنيفه وعندهما ان
كان ذو اليد منكرا نصب الغايب وضع على يدي عدل وان كان

مقرا انه في يده لهما انه ان كان في الاصل غاصبا فقد وجب الاخذ منه
ازالة للتعدي وان كان امينا فقد صار غاصبا متعديا بالجحود فوجب
الاخذ منه كالعروض له ان اليد الثابته لا تنزع من غير حجه وضروره
ولا حجه لان القضا وقع للميت وقد ثبت احتمال الايتمان من جهه الميت
وبطل جحود الجاحد بقضا القاضي ولا ضروره لان العقار محفوظه
محصونه بنفسها ولا كذلك العروض لانها محتاجه للحفظ • فان حضر
الغايب لم يحتج الى اعادة البينه واستيناف القضيه لكن يسلم النصف اليه
بتلك البينه والقضيه في ظاهر الروايه الا في روايه الخصاف شاذه لان
الاستحقاق وقع للميت واحد الورثه ينتصب خصما عنه في الاثبات
لكن في الاستيفا يعمل لنفسه فلا يصلح خصما عن غيره كما اذا اقام البينه
بدين للميت • ادعى دارا في يدي رجل واقام البينه ان اباه اشتراها منه
بالف درهم وقد مات ابوه والبايع يجحد البيع كلف الابن البينة على انهم
لا يعلمون له وارثا غيره ولا يكلف البينه على انه مات ابوه وتركها ميراثا
له لان الوارث بهذه البينه اثبت اقرار ذي اليد ان الدار كانت لابيه
فتقبل بينته وان لم يسند الميراث الى نفسه • ولو كانت الدار في يد غير
البايع كلف كلاهما لانه لم يثبت ببينته اقرار ذي اليد ان الملك كان لابيه
وانما اثبت اقرار البايع انه كان لابيه ولا يصح اقراره متى لم تكن الدار في يده
• رجل ادعى دارا في يد عمه واقام البينه انها دار جده مات وتركها
ميراثا لابيه وعمه لا يعلمون له وارثا غيرهما وان اباه مات وترك حصته
ميراثا له واقام الاخر البينه ان اخاه مات قبل ابيه وابوه ورثه

السدس ثم مات ابوه فورثه فهو تقبل بينة ابن الاخ وجعل له نصف الدار
لانه تعذر العمل بالبينتين لان بينة ابن الاخ تثبت موت الجد سابقا على
موت ابيه وبينة العم تثبت موت الجد لاحقا والشيء الواحد لا يتصور
سابقا ولاحقا واذا تعذر العمل بهما لابد من الترجيح فبينة ابن الاخ
لانها اكثر اثباتا واريد ايضاحا لانها تثبت الملك في نصف الدار
لابيه اولا ثم لنفسه ثانيا لان الملك للجد ثابت باقرارهما • فان كان
في يد الغلام ميراث من تركته سوى الدار وكل واحد يدعي على صاحبه
لا تقبل بينة واحد وجعل الكل واحد ميراث ابيه لان البينتين
تساويا وتعادلتا في الاثبات فتساقطتا لان ابن العم اثبت للجد ميراثا
مما في يد ابن الاخ من تركة ابيه وهو السدس ثم اثبت ذلك السدس لنفسه
فقد استويا في اثبات الملك واليد وموت كل واحد منهما ظهر ولا يدرى
ايهما كان سابقا والاخر لاحقا فجعل كانهما ماتا معا ولو ماتا معا لا
يرث احدهما من الاخر ولكن جعل مال كل واحد منهما لورثتهما الاحياء
كما في الغرقى والحرقى **الجامع** اصله ان الشهود متى شهدوا بيد مطلقة
للمورث عند الموت او بما يدل عليها تقبل لان اليد المطلقة عند الموت
تدل على الملك لما بينا واليد المطلقة انما تثبت بفعل لا ينتهيا الا بالنقل
والتحويل ولهذا يتحقق به الغصب وفيما لا يقبل النقل والتحويل كالعقار
يثبت بفعل وتصرف لا يصدر الا من المالك غالبا لانه لا يستفاد ذلك
التصرف الا بيد الملك • مدعي الدار اقام البينة ان اباه مات في هذه الدار
او على هذا البساط او قاعد عليه او انه كان في هذه الدار حتى مات فيها

او دخل فيها ومات لم يقبل لان اليد لا تثبت بالكينونة ولا بالدخول فيها لانه
قد يموت فيها الزائر والضيف وقد يدخل فيها ملتجيا او لدفع الحر
والبرد او للضيافة الا ترى لو اقر ذو اليد للمدعي بذلك لا يكون اقرارا له
بالملك • وان شهدوا انه ساكنها تقبل لان السكنى في الغالب انما تكون من المالك
فان اسم الساكن انما يطلق على من اليه اسكان غيره والسكنى بنفسه
وازعاج غيره وفتح الباب واغلاقه فاما من يدخلها زائرا او مستاجرا فانه
لا يسمى ساكنا فكان السكنى فعلا يوصف به الملاك غالبا ولان اليد على
الدار تثبت بالسكنى ولهذا لو اقر ذو اليد للمدعي انه كان يسكنها كان اقرارا
له بها فاقيم السكنى مقام اليد المطلقة • وكذلك ان شهدوا انه حامل هذا
البساط او لابس هذا القميص او لابس هذا الخاتم تقبل لانه فعل لا ينتهيا
الا بالنقل والتحويل وتصرف مبني على اليد فيدل على الملك وقيل في الخاتم
ان شهدوا انه كان في خنصره او بنصره تقبل والا فلا لان الخاتم لا يستعمل
في غيرهما استعمال الملك والصحيح المذكور في الكتاب لان لبس الخاتم في
اي اصبع كان لا ينتهيا الا بالنقل والتحويل وذلك يدل على اليد المطلقة
• وان شهدوا انه راكب هذه الدابة تقبل لان الركوب لا يفعل في الغالب الا
للتحويل والتسيير وان كان يتحقق من غير نقل وتحويل • وان شهدوا انه مات
وهذا الثوب على راسه لم يسمع وكذلك هذا في الاقرار لان الوضع قد يكون من
غيره فلا يوجد منه النقل والتحويل فلا تثبت به اليد فوقع الشك في ثبوت
يده فلا تثبت بالشك حتى لو شهد وانه كان هو الواضع على راسه يوم الموت
تقبل لان الوضع فعل لا يتحقق الا بالنقل والتحويل فكان بمنزلة قولهم انه حامل

او لا يتركه

باب الشهادة على اثبات الارث السفل

قال محمد رحمه الله رجل مات وترك اخا لا يعلم له وارث غيره فقال عبدان من رقيق الميت ان الميت قد كان اعتقهما في صحته وان هذا الصبي ابنه فصدقهما الاخ في ذلك لا تقبل شهادتهما وهما عبدان للصبي ويدفع جميع المال الى الصبي باقرار الاخ ولا يثبت نسبه لان الاخ لما صدقهما في العتق والبنوة فقد اقر بشيئين بعتقهما وبانه لا حق له في الميراث اذ الابن مقدم عليه فصح اقراره على نفسه بارث الصبي ودفع المال اليه ولم يصح على غيره بالعتق لانه لا ملك له فيهما فلم يعتقا فبطلت شهادتهما في حق ثبات النسب ولو كان مكان الغلام جارية جازت شهادتهما وثبت نسب الجارية ويسعى العبدان لها في نصف قيمتهما لان الاخ اقر ان حقه في نصف الميراث فصح اقراره بالعتق فعتقا عندهما فهما حران شهدا بالنسب فقلت الا ان العتق حصل في عبد مشترك فيجب السعاية للساكت الجامع مسايله على فصلين فصل في اثبات النسب للواحد وفصل في اثبات النسب لاثنين مختلفين

فصل

اصله ان دعوة النسب فيما عدا الولاد والزوجية لا يصح ما لم يدع قبله حقا من ميراث او نفقة لان في دعوى الاخوة والعمومة ونحوها الحاق النسب بالغايب والحاضر لا ينتصب ولا ينتهض خصما عن الغايب الا اذا ادعى حقا على الحاضر لا يتوصل الى اثباته الا بعد اثباته على الغايب فينتصب الحاضر خصما عن الغايب ودعوة الابوة والبنوة دعوة حق على الحاضر وهو حق الانتساب والانتما الى الاباء وحق الزوجية والمواصلة

بالقسا لان في الانتساب والانتما الى الاباء يتشرف وتفاخر وفي قطعه ونفيه الحاق العز وعيد زاجر قال عليه السلام من انتسب الى غير ابيه او انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله والملايكة والناس اجمعين رجل اقام البينة على رجل انه اخوه لابيه وامه او جده لا تقبل حتى يدعي قبله حقا من ميراث او نفقة وغيره فحينيذ تقبل ويثبت النسب لان هذه دعوة النسب على الاب لانه ما لم يثبت نسبه من الاب لا يصير اخا وجدا له الا ترى انه لو اقر به لم يلزمه فكان مدعيا نسبا على الغايب الا اذا ادعى حقا على الحاضر لا يتوصل الى اثباته الا بعد اثبات النسب له على الغايب فينتصب الحاضر خصما عن الغايب في اقامة البينة بالانكار وكذلك لو اقام البينة انه نافلته لا تقبل الا ان يدعي حقا لانه ادعى النسب على ابنه لانه ما لم يثبت نسبه من ابنه لا يثبت من الجد كما في دعوى الاخوة وذكر الخصاف في ادب القاضي انه يصح دعوى الجد من غير ان يدعي حقا كما في الابوة والبنوة والصحيح هو الاول ولو اقام البينة على رجل انه ابوه او ابنه او على امراة انها ابنته وهي تنكر نسبه منه تقبل وان لم يدع قبله حقا وكذلك تقبل البينة على الزوجية وان لم يكن فيها دعوى مهر ولا نفقة لانه لو اقر بذلك يصح اقراره فينتصب خصما في اقامة البينة عليه وفي الاول لو اقر به لا يلزمه فلا ينتصب خصما ولو اقامت امراة البينة على رجل انه ابنها او اقام رجل البينة على امراة انها امه تقبل ويثبت نسبه منها وروي عن ابي يوسف في الامالي انه لا تقبل

لانها لو اقرت بذلك لا يصح اقرارها لانها تحمل النسب على الغير
وهو الاب ولا ينتصب خصما في اقامة البينه وجه ظاهر
الروايه انه يجوز ان يثبت النسب من الام وان كان لا يثبت من
الاب الا ترى ان ولد الزنا ثابت النسب من الام دون الاب الا انها لو اقرت
بالنسب لا يثبت لان سبب ثبات النسب في جانبها الولادة وقد يحضر
غيرها عند الولادة وهي القابله فشرط انضمام قول القابلة الى قولها
لثبوت الولادة فلا يصح اقرارها على الانفراد فاما في الانكار لا
يشترط انضمام قول غيرها الى قولها فيصح انكارها والبينه تسمع
على المنكر ● رجل التقط لقيطا فادعت امراه انه اخوها يقبل
بينتها لانها تدعي حق الحضانه عليه لان الاخت احق بحضانته
وامساكه من الملتقط ولا تتوصل الى اثبات هذا الحق الا بعد اثبات
نسبها من ابيها فينتصب الحاضر خصما عن الغايب وكذلك لو اقام
البينه على رجل انه مولاه يقبل وان لم يدع قبله حقا لان الولا
لحمة كلحمة النسب وللمولى حق الانتساب اليه ولهذا لو اقر بالولا صح ويلزمه
كما في النسب وفي النسب ينتصب خصما فكذا في الولا وهكذا في ولا
الموالاه لان ولا الموالاه وولا العتاقه سوا الا ان ولا العتاقه اقوى
واكد والمولى لو ادعى انه ابن معتقه يقبل وكذا لو ادعى انه ابن معتق
ابيه لانه يتعلق به الولا **فصل** شهد رجلان لرجل انه اخ الميت لابيه
وامه ووارثه لا نعلم له وارثا غيره فقضي به ثم شهدا لاخر انه ابن
الميت ووارثه لا يقبل لانهما تناقضا في شهادتهما لانهما لما شهدا

لاخر انه ابن الميت فقد زعما ان الاول لم يكن وارثا فان الاخ لا يكون وارثا مع
الابن فابطلا ملكا اوجباه للاخ فان مال الميت صار ملكا للاخ بشهادتهما
الاولى فمتى قلنا بشهادتهما بالبنوه بطل الملك للاخ فلا يقبل ويضمنان
للابن ما اخذ الاخ لانهما زعما انهما اتلفا على الابن بشهادتهما للاخ
بغير حق فيصدقان على انفسهما ولا يصدقان على الاخ ● ولو شهدا
لاخر انه اخوه لابيه وامه ووارثه لا نعلم له وارثا غيره وغير الاول
يقبل ويدخل الثاني مع الاول في الميراث ولا ضمان على الشاهدين للاول
ولا للثاني لانهما لم يتناقضا في شهادتهما للثاني في اصل الوراثه لان
الاول يرث مع الاخ الثاني لانهما شهدا للاول بالوراثه لا بمال ولم يتناقضا
في الوراثه فلا يضمنان لانهما ما اتلفا بشهادتهما شيا ● شهد شاهدان
ان فلانا اخو الميت لابيه وامه لا نعلم له وارثا غيره وقضي به ثم شهد
اخران لاخر انه ابنه ينقض القضا الاول لان البنوه قد ثبتت بشهادة
الفريق الثاني لانهما لم يتناقضا في شهادتهما فانتقض القضا بالوراثه
للاخ ضرورة فان كان المال قايما في يده دفع الى الابن وان كان هالكا
فللابن الخيار ان شا ضمن الاخ وان شا ضمن الشاهدين فان ضمن الاخ لا
يرجع على احد وان ضمن الشاهدين رجعا على الاخ لما عرف ● مات رجل
عن عبدين وامتين صغيرين ولدتا في ملكه وابن عم فاعتق ابن العم
العبدين فشهد العبدان ان الميت ادعى اجري الامتين هذين لم يقبل عند
ابي حنيفه وعندهما يقبل لانه متى اعتق احد الشريكين العبد المشترك

بعتق كله وشهادة الحر مقبولة وعبده فلانا لما قبلنا شهادتهما في الابتدا احتجنا الى ابطالها في الانتها لانا متى قبلنا شهادتهما وثبت نسب الجارية من الميت يظهر ان الميت مات وترك بنتا وابن عم اعتق العبد المشترك لم يعتق نصيب الساكت فصير معتق البعض ومعتق البعض بمنزلة المكاتب وشهادة المكاتب باطلة فلم نقبلها في الانتها فصار الشهادة

ه فان شهد للاخرى بمثل ذلك قبل القضا بالاولى لا تقبل ايضا عندابي حنيفة وعندهما تقبل لان عنده يظهر في الانتها ان الميت مات وترك بنتين وابن عم فيكون الثلثان للبنتين فلا يعتقان عنده وعندهما يعتق الكل واذا قضي للاولى وامر بتسليم نصف القيمة اليها فان كان ابن العم موسرا تقبل شهادتهما لانه لم يجب للاولى عليهما سعاية فهما بشهادتهما لا يحولان ضمانا وجب عليهما للاولى الى الثانية وان كان ابن العم معسرا فان صدقتهما الاولى تقبل لانه وجب عليهما السعاية في نصف قيمتهما للاولى والان يتحول سدس قيمتهما الى الثانية باقرار الاولى لا بشهادتهما الا ترى انهما لو لم يشهدا بذلك كان سدس السعاية متحولا الى الثانية باقرار الاولى وان جحدت الاولى لا تقبل شهادتهما لانهما بشهادتهما يحولان جميع سدس القيمة الى الثانية ولهما في هذا التحويل منفعة فلا تقبل واذا لم تقبل شهادتهما لم يضمنا الا ان تكون الثانية حرة بسبب آخر فيضمنان لها السدس الذى اتلفا بالصرف والتحويل الى الاولى لانهما اقرا للاخرى بسدس قيمتهما والاخرى تصدقهما في ذلك ه ولو شهدا للاخرى انها اخته لابيه وامه بعد القضا بالنسب الاولى لم تقبل اتفاقا لانا متى قبلنا هذه الشهادة للاخرى في الابتدا

يودى الى ابطالها في الانتها لانه يظهر ان الميت مات وترك بنتا واختا فان الميراث بينهما نصفان ولا شي لابن العم فيظهر ان ابن العم اعتقهما وكان لا يملك شيا منهما فلم يصح عتقه فبقيا عبدين وشهادة العبد لا تقبل ه ولو شهدا قبل القضا للاولى لا تقبل الشهادة للاولى ولا للثانية ه شهدا ان فلانا اخو الميت لابيه وامه ووارثه لا نعلم له وارثا غيره وقضي به وللميت على رجل دين فوهبه الاخ له او تصدق عليه او ابراه او وهب له عينا من التركة ثم شهد الموهوب له لاخر انه ابن الميت تقبل وبطلت هبة الاخ وبراءته ويرد جميع ذلك على الابن لانه لا يجر بشهادته الى نفسه مغرما لا مغنما فانه زعم ان هبة الاخ له باطلة وشهادة العدل اذا خلت عن التهمة تقبل وكان كالمرتهن اذا شهد بالرهن لغيره ه فان وهب له الاخ او تصدق عليه بعوض وتقابضا ثم شهدا بنسب الابن لا تقبل لانه بشهادته يريد ابطال ملك العوض على واهبه واعادته الى ملكه ثانيا فكان بشهادته يجر الى نفسه نفعا ومغنما فلا تقبل وصار كالبايع او المشتري اذا شهد بالمبيع لغيره لم تقبل فكذا هذا ● ويأخذ المشهود له الهبة والصدقة والمشتري ان كان قايما وقيمته ان كان هالكا لانه زعم ان الهبة والصدقة لم تصح وان ما في يده ملك الابن فيؤمر بالرد عليه ان كان قايما ويرد قيمته ان كان هالكا لانه قبضه بغير اذنه فكان غاصبا

باب البينتان قامتا على السببين المختلفين

المبسوط شهد شاهدان بالقرض وشاهدان بالمضاربة فالبينة لمدعي القرض لانه امكن العمل بالبينتين والتوفيق بينهما بان يجعل كانه دفع مضاربة ثم اقرضه لان القرض يرد على المضاربة والمضاربة لا ترد على القرض ولا ن

بينة القرض اكثر اثباتا فانه يوجب الضمان وبينة المضاربة تنفيه وما كان
اكثر اثباتا اولى بالقبول **المسئلة** ذكر ابو يوسف في الاملا لو شهد شاهدان
على براءة الطالب بغير وقت وشهد شاهدان على اقرار المطلوب بالدين كانت
البراءة اولى ما لم يوقتوا للدين توقيتا بعدها لان البراءة تستدعي دينا متقدما
ولا يعرف لاحدهما دين على صاحبه سوى ما شهد به الشهود فوجب ان تكون البراءة
منصرفة اليه لانا لو لم نصرف البراءة اليه احتجنا الى اثبات دين اخر غير ما شهد
به الشهود وهذا ممتنع فوجب اثبات البراءة بعد الدين لان هذا ثابت وغيره لا
د ولو شهد شاهدان بوكالة رجل ببيع داره وشهد اخران بالبيع فالبيع باطل
الا ان يوقت بينة البيع وقتا بعد وقت الوكالة لان البيع لا يستدعي سابقة
الوكالة لانه يصح بدونها فان بيع الفضولي صحيح موقوف نفاذه على اجازة
مالكه فلم يكن وقوعه بعد الوكالة ثابتا من جهة اللفظ ولا من مقتضاه
ولا من مدلولاته فلا يصح اثباته وبه فارق البراءة لانها لا تصح الا بعد الدين وكذلك
الوكالة في الطلاق والعتاق على مثال البيع وذكر ابن رستم في نوادره عن
محمد القول قول المشتري اذا ادعى ان البيع بعد الوكالة لان الواجب على اصله
تصحيح الشهادتين جميعا ● ولو شهد شاهدان على عزل الوكيل وهو حاضر وشهد
اخران على البيع فبينة العزل اولى والبيع باطل الا ان يكون وقت البيع قبل وقت
العزل كالشهادة على البراءة وعلى الدين ● شهد شاهدان على النكاح وشاهدان
على الطلاق فالطلاق لازم للزوج وكذلك العتاق في هذا مثل الطلاق لان ذلك اقرار
من الزوج بالنكاح الا ان يوقتوا للطلاق وقتا قبل النكاح فلا يجوز الطلاق
لان الطلاق اسقاط الحق عن البضع اما حالا واما مآلا ويستدعي تقدم الحق لاستحالة
اسقاط الحق اصلا وكان في ذكر الطلاق دلالة على التاريخ بعد النكاح كالبراءة
لما كانت تفيد اسقاط الدين دلت على التاريخ بعده وعلى هذا القياس امراة

ادعت ان رجلا تزوجها فانكر الرجل فشهد شاهدان انه طلقها فهذا الطلاق
اقرار من الزوج بالنكاح اقتضاء ودلالة ● ولو اغفل القاضي ان يسالهما عن
تاريخ البيع والطلاق والعتاق بعد الوكالة ام قبلها حتى مات الشهود يجوز
البيع والطلاق والعتاق استحسانا لان ذكره الطلاق يقتضي تقدم النكاح
عليه فصار كالتاريخ الملفوظ به ● ولو شهدا انه جعل امر امراته في يدها فطلقت
نفسها فاغفل القاضي ان يسالهما انها طلقت نفسها في المجلس او بعد ما قامت
عنه يجوز الطلاق فيه ولا يشبه هذا الوكالة لان اللفظ يدل على انها طلقت في
المجلس وذكر الجرجاني في الاحاد قال محمد ولو شهدا انه اشترى هذا العبد
من فلان ولم يذكر الثمن وانه قبضه ولم يذكرا انه قبضه حتى مات الشهود
جاز لان البيع الواقع بغير ثمن بيع فاسد فمتى ذكرا قبضه حصلت الشهادة
بقبض عن بيع فاسد فصار كالشهادة بالغصب ● وروى ابن سماعة عن
محمد لو كانا حاضرين لم يقبل لانه يمكنه الرجوع الى ما يدعيه البايع من الثمن
وانه باعه بيعا فاسدا من غير ذكر الثمن او بيعا صحيحا فلا تقبل الشهادة
على المجهول والدعوى حصلت في معلوم فاما اذا ماتا فالوارث لا يعرف
واحدا من الامرين فصار المطلوب بالشهادة اثبات الضمان على القابض ●
رجل مات فشهد شاهدان انه كان اعتق عبده او كان طلق امراته ثلثا
ولا ندري اكان في صحة او مرض وقد وقتوا او لم يوقتوا فهو على المرض لان
الاصل في الحوادث انه يحكم بحدوثها في اقرب اوقاتها واقرب الاوقات المرض
● عبد في يدي رجل اقام البينة انه له اعتقه واقام اخر البينة انه حر الاصل وانه
والاه وعاقده فصاحب الموالاة اولى من العتق لان بينته اكثر اثباتا لانه يثبت
الحرية وعقد الموالاة ● رجل في يديه عبد فاقام ابنه بينة ان اباه وهبه له وهو
صغير في عياله واقام العبد البينة ان اباه اعتقه فبينة العتق اولى لانه قبض

لمعاينه وبينه الهبة لم يعاينوا القبض ولو شهدوا انه وهبه لابنه الكبير
هذا وقبضه وعاينوا قبضه اياه وشهدت بينة العبد باعتاقه جازت
الهبة وبطل العتق

باب البينتان تعارضتا فتهاترتا او لم تتهاترا

اصله ان كل بينتين لو تعارضتا في حالة واحدة تهاترتا
وسقطتا لظهور الكذب في احديهما فاذا ابدا الحاكم الحكم باحديهما تعين الكذب
في الاخرى لان باتصال القضا بها ثبت انها صادقة فتعين الكذب في ضدها
ضرورة ولو اجتمعتا في حالة لم تسقطا فاذا ابدا الحاكم الحكم باحديهما لا
يتعين الكذب في الاخرى مثال الاول شهد شاهدان انه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة
وشهد اخران انه طلق زينب في هذا اليوم بمكة فشهادتهما باطلة ولو حكم الحاكم
باحديهما لم تجز الاخرى لا تقبل البينة الثانية لانه تعين الكذب فيها ٭ ولو شهدت
البينتان بذلك في يومين وبينهما من الايام مقدار ما يسير الراكب من الكوفة
الى مكة جازت شهادتهما وكذلك لو قال لامراتين له ايتكما اكلت هذا
الرغيف فهي طالق فشهد شاهدان لكل واحدة منهما انها اكلت هذا الرغيف
لا تقبل الشهادتين لان القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين لاستحالة اكل شخصين
رغيفا واحدا كله ولو قضى بشهادة احد الفريقين لا تقبل شهادة الفريق
الثاني لتعين الكذب فيها ٭ وكذا لو اقام رجل البينة ان فلانا قتل
اباه يوم كذا فقضى القاضي بذلك له فانه وارثه ثم اقامت امراة بينة
ان اباه تزوجها بعد هذا اليوم لا تقبل بينتها ومثله لو اقام بينة ان اباه
مات يوم كذا والمسئلة بحالها تقبل بينتها وفرق بين الموت والقتل والفرق
ان بالقتل يتعلق حق لازم لان القتل ظلما لا يعرى ولا ينفك عن قصاص او
دية فتتضمن قبول بينة المراة ابطال حق لازم لاستحالة ان يكون مقتولا
في زمان ثم يتزوجها فلم تقبل فاما الموت لا يتعلق به حق لازم

لانه يرث الابن مع المراة فلم يتضمن بينتها اسقاط حق الابن فلم يتعارض
البينتان في الارث بين اسقاطه واثباته فقبلت

النوادر

لو اقام رجل البينة ان هذا قتل ابي يوم النحر بمكة فاقام ابن اخر ان فلانا اخر
قتل اباه يوم النحر بالكوفة قبلت البينتان وحكم لكل واحد منهما بنصف
الدية ولو كان المقتول اثنين والقاتل واحد بطلت الشهادة والفرق ان المقتول
متى كانا اثنين فالمستحق للواجب بالقتل قصاصا او دية اثنان والتنافي يقع
بين اثنين ومتى كان المقتول واحدا فالمستحق للواجب بالقتل واحد فلم
يقع التنافي بين البينتين ونظيره ما ذكر في الجامع لو اقام الابن الاكبر
البينة ان الابن الاوسط قتل اباه والاوسط اقام البينة على الاصغر انه قتل
اباه والاصغر اقام البينة على الاكبر انه قتل اباه فهذه البينات مقبولة
ويكون لكل واحد على صاحبه ثلث الدية لان المقتول واحد فيكون المستحق
واحدا وسياتي في باب الشهادة في القتل ٭ قال محمد رجل اقام البينة انه اقرض
فلانا امس الف درهم وان فلانا مات اليوم وله الف في ماله واقام ابن الميت
بينة ان اباه مات قبل ذلك بشهر لا تقبل بينة الابن لانه لم يقم بينة على حق وانما
يريد بذلك ابطال حق المدعي والبينة شرعت للاثبات لا للابطال والنفي ٭
ولو اقام الابن البينة ان هذا الرجل قتل اباه عمدا بالسيف منذ عشرين سنة
وانه وارثه لا وارث له غيره فاقامت امراة البينة انه تزوجها منذ خمسة
عشر سنة وانها ولدت اولاده منها وورثته قال ابو حنيفة تقبل بينة المراة
ويثبت النسب استحسانا ولا تقبل بينة الابن على القتل ولو لم تات بالولد
والمسئلة بحالها فالبينة بينة الابن استحسانا والميراث له دون المراة لانه في

الاول بينه المراه قامت على اثبات النسب والميراث لاولاده منها
وبينه الابن لاتنافي ذلك فثبت النسب والزوجية ضرورة وبطلت
بينة القتل ضرورة ثبوت الزوجية وفي الثاني بينة المراة قامت على الزوجية
لا غير فلم تثبت للتنافي بين البينتين وثبت نسب الابن لعدم التنافي فيه ٭
ولو اقام رجل البينه على رجل انه قتل اباه عاما اول عمدا واقام اخر بينة
انه باعه امس عبدا بالف درهم روى ابو يوسف عن ابي حنيفه وهو قوله
انه يقضي بالقود ويبطل البيع لان فيه صون دمه عن الهدر وروى زفر عن ابي
حنيفه انه يقضي بالبيع ويبطل القود لان البيع اقرب حدوثا والاصل في الحوادث
ان يحكم بحدوثها لاقرب ما ظهر منها وقال زفر يبطل كلاهما للتنافي والتضاد
بينهما اقام رجل البينه على رجل انه قتل اباه منذ سنه واقام المدعا
عليه البينه ان المشهود بالقتل صلى بالناس العام الموسم او صلى الجمعة قال
ابو حنيفه اذا كان شيا مشهورا فالاحدث اولى ولا اختلاف الروايه عنه
في هذا

باب الشهاده في البيع والشرا

شهد شاهدان على ان في يد زيد ان عمرا اشتراه منه ينظر ان سميا
الثمن تقبل لان المشهود به وهو المبيع والثمن معلوم وان لم يسميا الثمن و
اختلفا في الثمن او لم يشهدا بالاستيفا لا تقبل لان الثمن مقضي به وهو مجهول
وجهالة المقضي به تمنع قبول الشهادة لانه لا يمكن للقاضي القضا به وان
شهدا بقبض الثمن تقبل لان الثمن غير مقضي به لانه لا يحتاج الى الثمن متى كان مقبوضا
مستوفى وما كان مقضيا به وهو المبيع معلوم ٭ الشهاده على الشرا
على وجهين اما ان يكون الشي في يد البايع او في يد غيره فان كان في يد البايع

فالشهادة على الشرا المجرد منه تقبل لان الملك للبايع ثابت بظاهر يده
فاستغنى المشتري عن اثبات الملك للبايع والحاجة الى الشرى المجرد
حتى يثبت الانتقال اليه وان كان الشي في يد غيره لا تقبل الشهاده على الشرا
الا باحد ثلث اما ان يشهدوا انه اشتراه والبايع يملكه او يشهدوا انه
ملكه هذا المدعي اشتراه من فلان بكذا ونقده الثمن او يشهدوا انه اشتراه
وقبضه لان الشهادة بالملك للمشتري شهادة بالملك للبايع اقتضا لان
المشتري تملك من جهته فقد اثبت الملك للبايع ثم الشرى منه فتم ٭ وان
شهدوا انه باع وسلم تقبل في ظاهر الروايه وروى عن ابي حنيفه وابي يوسف
انه لا تقبل لانهم لم يشهدوا بالملك للبايع لان الشهادة بالتسليم لا تكون شهادة
بالملك له لان التسليم قد يكون من غير المالك فلا يثبت الملك للبايع فلا يقضى
بالشرا متى كان المبيع في يد غيره وجه ظاهر الروايه ان الشهادة بالتسليم
شهادة بالملك للبايع لانه بالتسليم بحكم البيع يصير مالكا بالضمان لانه
يصير عاجزا عن الرد الى المالك وعجز الغاصب عن الرد يفيد الملك للغاصب
بالضمان واما اذا شهدوا انه باعه وكان في يده ولم يشهدوا بالتسليم
لا روايه فيه واختلف المشايخ فيه قيل تقبل لان الشهادة باليد عند
سبب النقل شهادة بالملك كما لو شهدوا انه كان في يده عند الموت
وقيل لا تقبل لان الشهادة باليد عند البيع ليست بشهادة للبايع لانه ان لم يكن له
يد ملك لا تنقلب يد ملك بمجرد البيع لانه بمجرد البيع لا يعجز عن التسليم بتمام
حقيقة ما دام في يده فلا تنقلب يده يد ملك بخلاف الشهاده باليد عند
الموت لانه بالموت يعجز عن الرد وورثته يعجزون بالتجهيل فتنقلب يده يد

ملك بالضمان • اقام رجل البينه انه اشتراها من فلان بالف وقال
البايع لم ابع منك ثم اقام البايع بينه انه رد الدار عليه تقبل بينته
وينقض بيعه لان التوفيق ممكن بان يقول البايع بعت كما ادعى الا انه
رد المبيع علي فلا يودي الى المناقضه حتى لو لم يوفق البايع على هذا
الوجه لا تقبل لانه مناقض في الظاهر • ادعى دارا في يد رجل واقام
البينه ان اباه اشتراها منه بالف وقد مات ابوه والبايع يجحد البيع
كلف الابن اقامة البينه على انهم لا يعلمون له وارثا غيره ولا يكلف اقامة
البينه على انه مات ابوه وتركها ميراثا له لان الوارث متى اثبت بالبينه اقرار
ذي اليد ان الدار كانت لابيه لا يحتاج الى سوق الميراث وانما يحتاج الى
اقامة البينه انه لا وارث له غيره • ولو كانت الدار في يد غير البايع كلف
كلاهما لانه لم يثبت اقرار ذي اليد ان الملك كان لابيه وانما اثبت اقرار البايع
انها كانت لابيه ولا عبرة لاقراره اذ لم يكن المدعى في يده فصار كانه اقام
الوارث البينه انها كانت لابيه ولم يقل مات وتركها ميراثا له فانه
يحتاج الى اثبات سوق الميراث عندهما خلافا لابي يوسف فكذا هذا
• دار بين شريكين بميراث او غيره فغاب احدهما فاقام آخر البينه
انه اشترى من الغايب نصيبه لا تقبل بخلاف ما لو اقام البينه على الشرا
من مورثه تقبل على الغايب والحاضر خصم عنه وعن نفسه والفرق
ان في الوجه الاول الدعوى توجهت على الوارث لا على الميت والحاضر لا
ينتصب خصما عن الغايب فيما يدعى على الوارث وفي الوجه الثاني الدعوى
توجهت على الميت واحد الورثه ينتصب خصما عن الميت فيما يدعى على

الميت • دار في يد رجل اقام آخر البينه على الشرا من زيد وهو غايب واقام
ذو اليد البينه كذلك يقضى للخارج لان بينته قامت على خصم حاضر وهو
ذو اليد لان ذا اليد يدعي الملك لنفسه فينتصب خصما عن الغايب وبينه
ذي اليد قامت لا على خصم فكانت بينه الخارج اولى ثم ينظر ان نقد
الخارج الثمن بمعاينه القاضي او باقرار البايع يسلم الدار اليه ولا
يكون لذي اليد حبس الدار لاستيفا الثمن ان نقده لان ما نقد البايع صار
دينا له على البايع عند الاستحقاق وما في يده ملك غير المديون وان لم يثبت
نقد الخارج الثمن يوخذ منه الثمن ثم يامره لقبض الدار بطرا لهما ويأخذ
ذو اليد ان ثبت نقد ثمنه بعلم القاضي او باقرار البايع لا باقامه ذي اليد
البينه لانه تقوم البينه على الغايب باثبات دين عليه وليس عنه خصم
حاضر وما قبض حبس حقه وكان له ان يقاصه بحقه فان كان فيه
فضل يوقف على الغايب ليحضر • فان كانت الدار في يده رهنها او
شرا ولم ينقده الثمن يدفع الى المدعي بالثمن ولم يمسك القاضي ليحضر الغايب
• اشترى جاريه بالف وغاب قبل نقد الثمن ولا يدرى موضعه
واقام البايع البينه على ذلك يبيع القاضي الجاريه على المشتري وينقد
الثمن للبايع ويستوثق منه بكفيل شرط اقامة البينه على امر البايع
لا للقضا بالشرا على الغايب ولكن لانه ادعى ايجاب حفظ مال الغايب
على القاضي وعلى القاضي حفظه لانه مما يخشى عليه التوى والتلف فكان
للقاضي ان لا يلتزم هذا الحفظ الا باقامة البينه على ذلك وكان
كرجل جا بدابة الى القاضي وقال هذه لقطة فبعها فالقاضي لا يبيعها

حتى تقم البينة على ذلك لما فيه من زيادة حفظ وانفا الثمن هنا كان من
القاضي على سبيل الحفظ لانه لصير مضمونا بالمثل لا على سبيل قضا
دينه لان الثمن لم يثبت على المشتري ويستوثق منه بكفيل الجواز انه
نقد الثمن وان كان فيه وضيعه فعلى المشتري لان الدين عليه ولم يود
بعضه وان علم موضعه لا يباع لانه يمكنه ان يبعث الى الغايب اذا
خاف عليه التوى والتلف وليس له ان يبيع وفيه ترك حفظ العين على
الغايب

باب الشهادة على الوكالة

فيه فصول احدها في الشهادة على اثبات الوكالة والثاني في اختلاف
الشهادة على الوكاله والثالث في الشهادة على العزل

فصل

شهدا على الوكاله ولا علم للوكيل الا خبرهما جاز لان توكيل الغايب
جايز لانه فك الحجر واسقاطه كالاذن في التجارة تتم بالموكل
وحده ولا يتوقف صحته على القبول من الوكيل الا انه يشترط عليه
لثبوت الوكاله في حقه لانه ما لا امتثال لما وكل به يلحقه
العهدة • فان انكر الوكيل وشهدا على قبوله وهو مطلوب يلزم
لان وكيل المطلوب مشهود عليه لان الحق عليه لا له وتكذيب
المشهود عليه لا يمنع قبول الشهادة بل يشترط لقبولها فتقبل
ويجبر الوكيل على الخصومة مع الطالب وان كان طالبا لا خاصم
بتلك الوكالة لانه مشهود له لان الحق في الخصومة له لا للمطلوب
وتكذيب المشهود له شهوده يمنع قبول الشهادة • المطلوب غايب
وحضر الطالب يدعي في داره حقا فشهد ابنا الطالب ان اباهما

للمطلوب

وكل فلانا بالخصومة والوكيل جاحد لا تقبل لتوهم ان لابيهما فيه جر
منفعة لان الناس يتفاوتون في الخصومة وربما يكون الوكيل اهدى في ادلا
الحجة والجام الخصم جدله فتقع شهادة للاب معنى فلا تقبل • شهدا
ان اباهما اوصى الى فلان وفلان يجحد لا تقبل وان اقر يقبل وكذلك
دار في يدي رجل شهد ابنا الطالب ان اباهما وكل هذا بالخصومة ويجحد
المطلوب او يقر لم يجز لانه متى صار وكيلا بالخصومة باقرار المطلوب
وجب ان يصح الاقرار من الوكيل لان الوكالة بالخصومة وكالة
بالاقرار وفي الاقرار ضرر على الطالب فلا يصح على الغايب وصار
كالمودع اذا اقر بالوكالة بقبض العين لم يصح على الغايب فكذا هذا
• شهد ذميان ان فلان الذمي وكل فلانا بالخصومه في دار مسلم
والمسلم يقر بالوكالة او لا لا تقبل وان كان في الدين تقبل لانه في العين
اقر على الغايب لانه اثبت للوكيل حق قبض العين واقرار الانسان
على غيره باطل وفي الدين اقر على نفسه لانه اثبت حق القبض في ماله
لان ما يقبضه الوكيل مال المطلوب واقرار الانسان على نفسه صحيح
الجامع ادعى رجل عند القاضي ان فلانا وكله بكل حق له
فاراد اثباته لا يسمع لان هذه بينة قامت على الغايب ولم ينتصب
عنه خصم حاضر الا ان يريد ان يسمع شهادته ليكتب الى قاض لان
كتاب القاضي الى القاضي ليس بقضا بل هو نقل فلا يفتقر الى حضرة
الخصم فان قلت بغير خصم جاز لان انكار الخصم شرط لسماع البينه
عندنا وعند الشافعي ليس بشرط فكان انكار الخصم شرطا السماع

البينه مختلفا فيه لان نفس القضا على الغايب مختلف فيه فكان
هذا قضا في مجتهد فيه فينفذ قضاه كالقضا ببيع المدبر وقد مر
شرحه في كتاب المفقود ❁ فان احضر غريما منكرا او مودعا
ليبرده سمعت لان الحاضر انتصب خصما عن الغايب لان بينهما
اتصال بسبب المداينه والمعامله الجاريه بينهما لان للحاضر على الغايب
حق التقضي عن عهدة معاملته والتخلص عن تحمل امانته فيقوم انكاره
مقام انكار الغايب حكما تخفيفا لمصلحة فان احضر بعده
رجلا اخر لم يحتج الى اثبات الوكالة لان الثابت بالبينه العادله
كالثابت بالمعاينه ولو عاين توكيله تثبت وكالته في حق الغرما
كافه فكذا اذا ثبت بالبينه العادلة ❁ رجل جا الى القاضي وقال
اني فلان بن فلان ووكلت هذا الرجل بطلب كل حق لي والقاضي يعرف
الموكل جاز وان غاب والقاضي لا يعرفه فجا الوكيل بخصم وساله
القاضي ان يقيم البينه ان الموكل فلان بن فلان الفلاني لان الوكالة
كانت صحيحه بالمعاينه الا انه تعذر القضا بالوكالة لجهالة الموكل
فاذا زالت الجهالة بالبينه العادله امكنه القضا بالوكالة

فصل اصله ان اختلاف الشاهدين في الاوقات والمكان لا يمنع
قبول الشهادة في الوكالة لان الوكالة قول والشهادة على الاقوال
لا يضرها اختلاف الزمان والمكان كما في الطلاق والعتاق ❁
شهد احدهما انه وكله بالخصومه في دار كذا وشهد اخر
فيها وفي غيرها تقبل على ما اتفقا عليه لان جهة الوكالة قد

نت فيه ❁ شهد احدهما انه وكل هذا ببيعه وشهد آخر انه هذا
وهذا لا تقبل شهادتهما وكذلك بقبض الدين فلو كان هذا
في الخصومة والطلاق يصير ما اتفقا عليه وكيلا والفرق
بينهما ان لاحد الوكيلين ان ينفرد بالخصومة وبالطلاق فصار
كانهما شهدا انه وكل هذا الاخر فصار المتفق عليه وكيلا واحد
الوكيلين لا ينفرد بالبيع فلم يتفقا على ان للمتفق عليه التفرد بالبيع
لانهما شهدا ان له حق البيع مع الاخر لا منفردا فلم يصر المتفق
عليه وكيلا بالبيع ❁ شهد احدهما انه وكله بطلاق فلانه وشهد
آخر انه وكله بطلاق فلانه وفلانه حكم بالمتفق عليها لانهما
اتفقا على ان له التفرد بايقاع الطلاق على التي اجتمعا عليها
لان الوكيل بطلاق امراتين يملك تطليق احديهما ❁ شهد احدهما
انه وكله بطلب دينه وشهد آخر انه وكله باخذه او انه ارسله
لياخذه له فله اخذ الدين ان كان المطلوب مقرا بالدين والا
فلا لانهما اتفقا معنى فان الوكيل والمامور والرسول في حق القبض
سوا الا انهما اختلفا لفظا وذلك لا يمنع قبول الشهادة كما
لو شهد احدهما بالتخلي والاخر بالعطيه او احدهما بالعربيه والاخر
بالفارسيه وان جحد لم يكن للوكيل اقامة البينه لان الرسول والمامور
بالقبض لا يكون له حق الخصومة فما اتفقا على حق الخصومة له
❁ وكذلك لو شهد احدهما والاخر بانه سلطه تقبل وكذلك لو

شهد احدهما انه وكله بقبض دينه والآخر بانه جرّاه على ذلك لان الجراية
والوكالة والجري والوكيل سواء حتى لو قال لآخر انت جريّي يصير وكيلا من
غير نية كذا وان شهد احدهما انه وكله بقبض دينه وشهد الآخر انه
وكله يتقاضيه او يطلبه منه تقبل لان التقاضي والقبض سواء في اللغة
والوكيل بالطلب يملك قبض الدين وهذا كله توكيل بقبض الدين فقد اتفقا
معنى واختلفا لفظا ثم ان اقر المطلوب بالدين كان للوكيل قبضه
وان جحد يملك الاثبات عند ابي حنيفة وعندهما لا بناء على ان الوكيل
بقبض الدين او التقاضي عنده يملك الخصومة خلافا لهما كذا وان قال
احدهما انه وكل والآخر انه وصي لا يقبل ولو قال وصي في حياتي يكون
وكيلا لان الوصاية المطلقة تنصرف الى ما بعد الموت والوكالة تكون
ثابتة في الحال والوصاية تخالف الوكالة حكما فقد اختلفا لفظا ومعنى
فاما الوصاية في حياة الموصي تكون وكالة معنى فقد اتفقا على معنى الوكالة
شهد احدهما انه وكله بالخصومة الى قاضي الكوفة وشهد الآخر الى قاضي
البصرة تقبل ويكون وكيلا ولو شهد احدهما انه وكله ان يخاصم الى
فلان الفقيه وقال الآخر الى فلان آخر لا يقبل والفرق ان حكم
الحكم يتوسط والمتوسطون في ذلك مختلفون لاختلاف الذكاء والذهن
هكذا
والهداية والعلم في احوال الناس فالرضا بكون احدهما لكونه عالما
بحقيقة الحال لا يكون رضا بالآخر وكان التقييد مفيدا فصح فقد
تعين كل واحد من القضاة يعتبر ما شهد به فلا يقبل فاما القاضي انما
يحكم بحكم الشرع وحكم الشرع ان البينة على المدعي واليمين على المنكر وهذا
لا يختلف فلا يفيد التقييد فلغى التقييد فيكون التوكيل بالخصومة الى

القاضي ببلدة فيكون وكيلا بالخصومة الى قضاة البلاد كلها وكذلك لو شهد
احدهما الى قاضي كذا والآخر الى قضية كذا لان التعيين مفيد لانه متى وكله
بالخصومة بين يدي القاضي لم يكن له ان يخاصم بين يدي الحكم وكذا على عكسه
لان قضاء القاضي لازم على الكل بحيث لا يكون لغيره نقضه وحكم الحكم غير لازم
على الكل والاختلاف في شرط مفيد يمنع قبول الشهادة كذا شهدا على وكالة
في خصومة ثم رجعا فالوكالة باقية ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا عليه مالا
وانما اوجبا عليه حقا ليس بمال والرجوع لا يظهر في حق المشهود له فبقيت
الوكالة

المتفرقات

وكل رجلين بالخصومة فاقام المدعي على احدهما
شاهدا وعلى الآخر شاهدا فهو جائز وكذلك لو اقام على الموكل شاهدا وعلى الوكيل شاهدا
او اقام على الحي شاهدا واقام على ورثته بعد موته شاهدا آخر جاز لان كل شاهد
قام على خصم احدهما اصيل في الخصومة والآخر نائب عنه

فصل

شهدا على الوكالة ثم قال احدهما قد كان عزله او قال لا تقبض حتى تستامرني
جازت على الوكالة وعن ابي يوسف انه لا تثبت الوكالة لانه لم يشهد على
وكالته في المستقبل الا الواحد وهو الذي لم يشهد بالعزل فان الذي يشهد
بالعزل انما شهد بالوكالة فيما مضى لا في المستقبل وجه ظاهر الرواية
ان حجة الوكالة قد تمت وتكاملت وهو شهادة رجلين ووجه العزل لم تتم لان
العزل لا يثبت بقول الواحد في هذه الحالة لانه يتضمن ابطال الشهادة لانه لا
يمكن القاضي ان يقضي بالشهادة مع قيام العزل ووقت القضاء بالوكالة وخبر الواحد
حجة في ابطال الوكالة لا في ابطال الشهادة لان القضاء بالشهادة صار حقا مستحقا
للمشهود له فلا يجوز ابطاله بقول الواحد فصار كانهما شهدا بالوكالة ولم يشهد
احدهما بالعزل كذا شهد رجلان على ان فلانا اخرج فلانا من الوكالة ووكل
اباهما لا يقبل في حق ابيهما وينعزل الاول لانهما في حق

الموكل يشهدان لابيهما وفي حق العزل يشهدان على الاجنبي م وكله بتقاضي دين وغاب فشهد ابنا الطالب انه عزله وادعى المطلوب العزل تقبل لانهما يشهدان على ابيهما بتاخير حقه في الاداء الى ان يحضر الطالب وان انكر المطلوب العزل لا تقبل لان الشهادة بحقوق العباد لا تقبل من غير دعوى واذا لم يثبت العزل يدفع المال الى الوكيل خلافا لزفر لان قراره بالوكالة لان الوكيل بالتقاضي يصير وكيلا بالقبض فقد اقر ان للوكيل حق القبض فيؤمر بالتسليم اليه م فان جاء الطالب بعد دفع المال واراد تضمين المطلوب فلا يخلو اما ان انكر الطالب الوكالة او اقر بالوكالة ويدعي العزل قبل الدفع فان انكر الوكالة اصلا ولم يعرف ثبوتها الا باقرار المطلوب فله تضمين المطلوب لان اقراره يصح في حقه حتى يؤمر بتسليم المال الى الوكيل ولا يصح على الموكل في حق وقوع البراءة عن الدين متى وقع الى الوكيل لانه على غيره م وان عرف ثبوتها بالبينة او باقرار الطالب لا يكون له تضمينه وان اقر الطالب بالوكالة او ثبتت بالبينة وادعى عزل الوكيل قبل الدفع لا يكون له تضمينه حتى يقيم البينة على العزل لان البراءة عن الدين ثبتت للمطلوب من حيث الظاهر بالدفع الى الوكيل والطالب يدعي العزل يريد ابطال البراءة فلا يصدق الا ببينة فان اقام البينة على العزل سمعت ويضمن المطلوب المال لان العزل بعد الدفع لا يثبت بشهادة ابني الطالب لانهما يشهدان لابيهما لانهما يعيدان الدين الى المطلوب بعد ما ثبتت البراءة ظاهرا بخلاف ما لو شهدا بالعزل قبل الدفع تقبل لانهما يشهدان على ابيهما بتاخير حقه الجامع الموكل يهودي والغريم مسلم وجاء الوكيل بشهود نصارى لم تقبل لان هذه شهادة النصراني قامت بالوكالة على المسلم مقصودا فان كان الغريم نصرانيا قضى لانها قامت على النصراني فان احضر بعد ذلك غريما مسلما اخذه به لان شهادة النصراني قامت على النصراني مقصودا وعلى الغريم المسلم تبعا وحكما لانه كان غائبا وقت الشهادة والنصراني ليس بخصم عنه

لانه لا اتصال بينهما بالمعاملة والوكالة في حق المسلم تثبت تبعا وحكما لثبوت الشهادة على النصراني وهذا جائز كما لو شهد نصرانيان على عبد مأذون نصراني بالدين لرجل ومولاه مسلم تقبل وان كان المولى يتضرر به فانه يباع بالدين لانه يلحقه الضرر حكما لا مقصودا وكذلك هذا ه رجل ادعى انه وصي نصراني فاقام بينة نصرانية واحضر خصما مسلما لا يقضي بالوصية قياسا كالوكالة لان الايصاء توكيل بعد الوفاة فيعتبر بالتوكيل حال الحيوة ويقضي استحسانا وهو قول ابي يوسف ومحمد لان موت النصراني لا يحضره المسلمون والايصاء غالبا انما يكون عند حضور الموت فلو لم تقبل شهادة النصراني على المسلم في اثبات الموت والايصاء ادى الى ضياع حقوقهم المتعلقة بالموت وبالايصاء فتقبل هذه الشهادة صونا لحقوقهم عن الضياع بخلاف التوكيل حالة الحيوة لانه يكون غالبا عند الناس في الاسواق فيحضره المسلمون فلا ضرورة الى قبول هذه الشهادة وتخصيص قولهما بالذكر في الاستحسان يدل على ان قول ابي حنيفة خلاف قولهما وقيل ان الاستحسان قولهم جميعا وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم فيما عداه وكذلك لو اقام بينة نصرانية انه ابن النصراني وانه ابوه واحضر غريما مسلما يقر بالمال وانكر نسبه لا تقبل قياسا لانها شهادة نصراني قامت على المسلم مقصودا وتقبل استحسانا لان سبب ثبات النسب المناكحة والولادة والمسلمون لا يحضرون مناكحهم وولادتهم فقبلت هذه الشهادة لئلا يؤدي الى ضياع حقوقهم المتعلقة بالنسب فلو لم يحضر الخصم لا تقبل لما عرف

باب الشهادة في الوصية بعد الموت

الشهادة على الوصية بدون العلم لا تجوز لان كون المشهود به معلوما للشاهد
شرط لجواز الشهادة بالنص ولان الوصية قد تكون عدلا وحقا وقد تكون
جورا او حيفا بان كان مخالفا للشرع فلا يحل له ان يشهد لها لانه اعانة
على الاثم والعدوان ولا يتبين العدل من الجور الا بالعلم بما في كتاب
الوصية وكذلك لو شهد على وصية لم يقراها ولم تقرا عليه ٥
قال ابو حنيفة ان كتب الصك او الوصية بخط قدام الشهود وقد
عرف الشاهد ما كتب يسع له ان يشهد على ذلك اذا قال له اشهد عليه
وان لم يقل له اشهد لا يسعه لان كتاب الصك والاقرار قد يكون للتجربة
والامتحان وقد يكون لتعلم كيفية الصك انه كيف يكتب ومع الاحتمال لا
يسعه ان يشهد الا اذا امره به لانه بالامر بالشهادة ظهر انه كان الاستيثاق
على نفسه لا للتجربة والامتحان وان لم يعرف ما في الكتاب لا يسعه
ان يشهد وان اشهد على ما فيه الا رواية عن ابي يوسف انه قال
اذا كتب الصك بين يدي الشاهد واودعه عنده وقال له اشهد
عليه بما فيه وسعه ان يشهد عليه وان لم يعرف ما فيه لانه
اذا كان وديعة عنده لا يتوهم التبديل والتغيير وانما يتوهم اذا
لم يكن وديعة عنده ٥ ولو قال الشهود بعد ما قرؤوا الصك
لنشهد عليه فحرك راسه بنعم ولم ينطق لم تجز شهادتهم وان
كان الشهود امناء يقرؤون وكتب انسان الوصية او الصك
بمحضرهم ثم قال لهم اشهدوا بما علي في هذه الوصية او بما في هذا

لم يسعهم ان يشهدوا على ذلك لانهم لم يتحملوا الشهادة عن علم
اذا لم يعلموا ما في الوصية والصك وان فسر القاضي ذلك لم
ينفذ القاضي ذلك ولا تقبل بينة الوصاية الا بمحضر من الخصم
والخصم هو الوارث او غريم عليه دين او حق او رجل له على الميت
دين او موصى له لان للوارث وللموصى له حقا في الميراث ومن عليه
دين الميت فالوصي يدعي عليه حق استيفاء الدين وهو منكر فيكون
خصما ومن له دين يدعي دينا في التركة والوصي ينكره فيقيم
البينة على انه وصي ومتى ثبت الوصاية يقيم المدعي البينة على
الدين فياخذه منه وذكر الخصاف لو احضر واحدا من الغرماء
او الموصى لهم واقام البينة على الوصاية وقضى له قال
ابو حنيفة يكلف الوصي اعادة البينة على كل غريم وموصى له
الا في الوصايا في ابواب البر وقال ابو يوسف لا يحتاج الى اعادة
البينة على كل غريم ولم يذكر قول محمد وقيل قوله مع
قول ابي يوسف لهما انه لما ثبت كتاب الوصاية ثبت جميع ما
في الكتاب بالبينة العادلة فصار كما لو ثبت جميعه بمعاينة
القاضي كما ان البينة على حق المرء ولا يقبل الا بحضرته ودعواه
فكل من كان حاضرا وقت اقامة البينة وطلبه يثبت حقه
وماله فلا بخلاف الوصايا بابواب البر لانها تنفذ بحق الميت والوصي
انتصب خصما عن الميت ٥ فان احضر غريما للميت عليه دين
فاقر بالوصاية لا تثبت الوصاية باقراره ولا يامر القاضي المدعا

عليه بدفع ما عليه الى الوصي وذكر الخصاف ان البينه على اثبات
الوصايه تقبل على المقر واكثر مشايخنا على انها تقبل على
المقر لكن اذا اراد اقامه البينه احضر خصما اخر جاحدا
فرق بين الوصايه والوكاله فان الوكاله تثبت باقرار المديون
حتى يامره القاضي بدفع المال الى الوكيل والفرق ان الوصيه
لو ثبتت لتعدت الى حق غير المقر لانه يتعلق بالموت احكام
من عتق امهات الاولاد والمدبرين وحلول الاجال وولايه
استيفا الاموال واقراره لا يكون حجه في حق الغير فلم يثبت الوصيه
باقراره فاما الوكاله لو ثبت اقتصرت عليه ولا يتعدى الى حق
الغير لان الوكيل ان لم يكن وكيلا من الغايب لا يسقط حق الغايب
بقبض هذا الوكيل بل يبقى على حاله فثبت الوكاله باقراره وان
جحد المدعا عليه موت الموصي والمال ولم يكن للمدعي بينه على
الوصيه يقول له القاضي اقم البينه على موته حتى اجعلك وصيا
يطالب بحقوق الميت وجمع امواله لان للقاضي ان يجعل للموتى اوصيا
يحفظون اموالهم فان اقام بينه على موته ولم يجد بينه على
الوصيه فالقاضي بالخيار ان شا جعله وصيا وان شا جعل غيره
وصيا لان موته قد ظهر والوصايه لم تظهر فصار هذا المدعي
وغيره سوا وكذلك اذا اقر الغريم بموته وبالدين وانكر
الوصايه ولا بينه للمدعي على الوصايه ه ولو شهدا انه قال فلان
عبدي هذا او عبدي هذا وصيه وهما يخرجان من الثلث كان للورثه

ان يعطوه ايهما شا وكذلك لو اوصى لاحد هذين الرجلين
كان للورثه تعيين احدهما بخلاف ما لو شهدا انه
اعتق احد عبديه لا يكون للوارث تعيين العتق في
احدهما بل يشيع فيهما والفرق ان القياس ان لا يكون
للورثه بيان ما اجمله وابهمه المورث لان الوارث لا يعلم
مراد المجمل فلعله عين غير ما اراده المجمل ولعل عين ما اراده
المجمل فيكون تعيينه بيانا من وجه وفسخا ونقضا لما اراده
المجمل من وجه والوصيه قابله للفسخ والمقصود منها متحد
وللوارث ولايه الفسخ والانشا فيه لانه قايم مقام المورث
في الملك فيسلم له ولايه التعيين والعتق غير قابل للفسخ فلا
يثبت ولايه التعيين حتى لو اوصى لمواليه وله موالي اعلى واسفل
لا يكون للوارث ولايه التعيين لان المقصود من الوصيه يختلف
فلعل الموصي اراد الموالي الاعلى فيكون قصده المجازاه على
الانعام ولعله اراد الاسفل فيكون قصده زياده الانعام
على الانعام والوارث غير عالم بمراده فلا يكون له ولايه
التعيين المسئله رجل قال لعبدي فلان حر وهو
وصيي فمات فشهد شاهدان بالعتق والوصايه وشهد
المعتق واحد الشاهدين للشاهد الاخر ان الميت
اوصى له بالالف ينظر ان شهد بذلك الشاهدين معا

عند القاضي ابطلها كلها لان العبد لم يعتق وقت الشهادة ولو حكم القاضي بعتق العبد ثم شهد جازت الشهادة لانه عتق وقت الشهادة الثانية ٥ رجلان شهدا ان فلانا اوصى اليهما والى فلان يقبل شهادتهما للثالث ويجعل القاضي معه اخرين لان الشهادة بالوصاية اليهما شهادة لنفسهما ولا يقبل وبالشهادة لغيرهما شهادة لغيره يقبلت

الزيادات

مات عن ثلثه اعبد لا مال له غيرهم فشهد شاهدان ان الميت اوصى بهذا العبد لرجل فلم يقض حتى شهدوا بانه اوصى بعبد اخر لاخر وشهدا بالرجوع عن الاول جازت شهادتهم والوصية الثاني خاصة لانه تعلق حقهما بالمشهود به بعد الموت فيكون ابعد عن التهمة ٥ وان شهدا بالوصية الثاني ولم يشهدا بالرجوع عن الاول كانا شريكان في الثلث ولكل واحد نصيبه من العبد الذي اوصى له به لان الوصية تنفذ من الثلث والثلث رقبة واحدة وقد استويا في استحقاقها فيقضي لكل واحد بنصفها من كل وصية ولم تمكن التهمة في شهادتهما لانها هذه الشهادة لا تبطلان استحقاق العبد عليهما في النصف لان الاستحقاق لا يثبت بنفس البينة ما لم يتصل بها القضا فلا يكون بعد ابطالا ٥ وان شهدا بعد القضا للاول قبل القسمة او بعدها لم تقبل شهادتهم وكذلك على هذا

لو شهدوا على عتق عبد اخر لانه يتضمن شهادتهما ابطال قضا توجه عليهما واظهار خطا القاضي في القضا عليهما وذلك غير مسموع من المقضي عليه اصلا ٥ ولو شهدا انه اوصى بهذا العبد لرجل اخر وقالا رجع عن الاول او لم يقولا فان كان قبل القضا يقبل وان شهدا على الرجوع فالعبد للثاني والا فبينهما نصفان لانه لم يتضمن شهادتهما ابطال القضا المتوجه عليهما ولا جرا الى انفسهما شيئا من الثلث وان كان بعد القضا قبل القسمة فان لم يشهدا على الرجوع يقبل لانهما لا يبطلان الوصية الاولى وانما ينتصف العبد للمزاحمة ولهذا لو رد احدهما وصيته كان العبد كله للاخر وان شهدا على الرجوع لا يقبل في رواية الزيادات وفي رواية المبسوط والجامع انها يقبل

قيل اختلف الجواب لاختلاف موضوع المسئلة فوضع المسئله في المبسوط والجامع ان القاضي لم يقض على الورثة بالوصية لكن الوصية كانت معروفة وقيل ما ذكر في الزيادات قول محمد وما ذكر في المبسوط قولهما لمحمد ان في القبول نقض القضا بالوصية الاولى ولا تقبل وشهادتهما على الوصية الثانية لم يتضمن نقض القضا المتوجه عليهما فقبلت فقد شهدا بشهادتين بطلت احديهما وصحت الاخرى لان احديهما ينفصل عن الاخرى لهما انهما بشهادتهما الى انفسهما شيئا

ما جرا

من الثلث فان الثلث يكون بين العبدين فقد جلت شهادتهما عن التهمة
فتقبل وان شهدا بعد القضا والقسمة لا تقبل شهادتهما لانهما شهدا
على الرجوع اولا لان القاضي لما قضى بالقسمة فشهادتهما تؤدي الى ابطاله
لانه قسم ابدا ثانيا وهما بهذه الشهادة يزعمان ان القسمة يجب ان تكون
ابدا ثابتا ولو قضى بالعبد له ولكن شهد الوارثان انه اعتقه قبل
القسمة او بعدها لم تقبل لان فيه ابطال القضا الذي قضى عليهما بالوصية
الاولى وقيل في رواية كتاب الوصايا تقبل قبل القسمة لما بيناه
شهد اجنبيان انه اوصى لهذا بثلث ماله ثم شهد الوارثان انه اوصى
بثلث ماله لآخر قبل القضا او بعده قبل القسمة جاز وبعد القسمة
لا يجوز كما في الفصل الاول ٥ وان قضى بالثلث له ثم شهد الوارثان
انه اعتق هذا العبد بعينه في مرضه لا تقبل الا ان العبد يسعى في قيمته
للوارثين وذكر في الوصايا انه تقبل شهادتهما لانهما يشهدان للعبد
على الاول لا لنفسهما ولا تهمة في شهادتهما وجه الزيادات ان
له بالقضا للاول وجب عليهما تسليم الثلث الى الاول فهما بشهادتهما
ارادا ابطاله لان العتق المنفذ في المرض يتقدم على سائر الوصايا في الثلث
لكن يعتق العبد ويسعى لانه صار مشتركا بين الموصى له والورثة
واقرار احد الشريكين بالعتق في العبد المشترك صحيح فيعتق
ويسعى في قيمته ٥ مات عن ثلثة اعبد واقر الابن ان الميت اوصى
لهذا الرجل بهذا العبد بين يدي القاضي ثم شهد هو ورجل اجنبي
قبل القضا انه اوصى بالعبد الآخر لآخر تقبل في الثلث له ولو بعد القضا

باقراره لا يبطله والفرق ان قبل القضا الوصية الاولى
تثبت بالاقرار وهي حجة قاصرة غير نافذة على غيره والوصية
الثانية ثابتة بالبينة وهي حجة متعدية كاملة نافذة على
الناس كافة فلا تثبت المزاحمة والمعارضة بينهما وبعد القضا بالعبد
لصاحب اقوى الحجتين واكمل البرهانين فامتنع بعد القضا في
قبول شهادتهما ابطال القضا وابطال الاستحقاق الثابت عليه
فبطلت ولا كذلك قبل القضا ٥ وكذلك لو شهد ابن بذلك
العبد لرجل آخر ولا ضمان على الوارث ان دفع الى الاول بقضا لانه
مغلوب فيه من جهة القاضي فصار فعله منقولا الى القاضي وان
دفع بغير قضا يضمن للثاني قيمته لانه مختار في الدفع فصار
مستهلكا على الثاني بالدفع الى الاول ٥ الوارث اقر بالثلث له ولم
يقض به ثم شهد هو ورجل آخر لآخر فهو له قال ولانه يزعم ان الملك
سالم للاول بالوصية فصار به متناقضا في شهادته للثاني والمناقض
لا شهادة له ولا يضمن الابن للثاني لان مجرد اقراره غير متلف على
الثاني شيئا وفعل القاضي لا يصلح موجبا للضمان على الوارث
ولو لم يقر الوارث ولكن شهد هو ورجل آخر له قال ولو قضى
ثم شهد هو ورجل آخر لآخر جازت شهادتهما وكانا لانه
ليس في الشهادة الثانية ابطال القضا والاستحقاق الثابت
للاول لانهما استويا في الحجة فيتحاصان في الثلث وذلك لا
يكون الا بعد استحقاق كل واحد منهما جميع الثلث

خلاف ما سبق من الاقرار لان البينة اقوى واكمل حجة من الاقرار
ولابد من ابطال القضاء والاستحقاق بالاقرار وكذلك اذا كان
الاقرار والشهادة في الدين والجواب فيه كما في العبد ٥

باب شهادة الوصي للميت او للوارث

وعليهما ٥ تشهد الوصي للميت بدين او وديعة لم تجز لانه هو
القابض والمتصرف فيه ٥ ولو شهد لوارث كبير بدين له
على الميت لم تجز عند ابي حنيفة وعندهما تجوز لانه ليس للوصي ولاية
قبضه والتصرف فيه بل هو بمعزل عنه فصار كما لو شهد له بدين
على اجنبي له انه تمكنت في شهادته تهمة ايثار بعض الورثة
على البعض بشيء من التركة وهو لا يملك ذلك لانه قائم مقام الموصي
والموصي لا يملك ايثار بعض الورثة على البعض بشيء من ماله وكذا
من يقوم مقامه ٥ ولو شهد الوصي لوارث كبير بدين على
اجنبي جاز لعدم التهمة لان الايثار حصل بمال الاجنبي بملكه
لحق ولا يجوز للصغير اتفاقا ٥ ولو شهد رجلان لاخرين على الميت
بدين الف والاخران لهما بدين الف على الميت جاز قال ابي يوسف
وعلى هذا لو شهد ابني هذين لهذين وابني هذين لهذين لابي يوسف
ان كل واحد من الفريقين فيما لصاحبه شاهد لنفسه
من وجه لانه يشهد لصاحبه بمال له فيه شركة لانه
ان لم يكن بينهما شركة في اصل الدين فما يقبضه احدهما
فللاخر ان يشاركه فيه بخلاف ما لو شهدا بذلك حالة الحيوة

لان ما يأخذ احدهما ليس للاخر ان يشاركه فيه لهما ان كل
واحد من الفريقين يشهد لصاحبه بما لا شركة له فيه لان
دين كل فريق انما وجب بسبب على حدة ولهذا جازت هذه
الشهادة حالة حيوة المديون والمشاركة فيما يقبضه الاخر
لا تثبت بهذه الشهادة وانما تثبت حكما لضيق التركة بدليل
انه لو كان في التركة سعة ليس له ان يشاركه فيما يقبضه
الاخر ٥ ولو شهد المشهود لهما بدين لاخرين غير الشاهدين
جاز لانهما بهذه الشهادة يضران والشهادة بما يضر الشاهد
اصدق الشهادات واصوب المقالات ٥ ولو شهدا لهما بوصية
الثلث ثم شهد هذان للشاهدين بوصية الثلث او السدس او
لعبد بعينه فشهادتهما باطلة لان كل فريق يشهد بمال في
مشترك بينه وبين صاحبه بدليل ان المال وان كثر
لا تنتهي الشركة بينهم في الثلث بخلاف المسئلة المتقدمة
لان حال كثرة المال لا يثبت بينهم شركة فيما يأخذه
كل فريق وانما تثبت الشركة حكما لضيق المحل الشهادة
ولو شهدا بوصية عبد بعينه وشهد هذان للشاهدين
بوصية امة بعينها جاز ذلك لانه لم يشهد كل فريق بمال
مشترك بوجه ما لان الوصية مختلفة ٥

فصل

ولو شهد احدهما انه اوصى لفلان بثلث ماله وشهد الاخر انه
اوصى له بثلث ماله وقال اعطوا منه فلانا الف درهم قال محمد يعطى

انفسهما

الموصاة بثلث المال وثلثه الف درهم فكأنه أوصى
له بالثلث الا الف لانهما اتفقا على الشهادة بالثلث وانفرد
احدهما بشهادة الالف لفلان فما اتفقا عليه يقبل وما انفرد
احدهما به يرد لان القائم به شهادة فرد وصار بمنزلة ما لو استثنى
احدهما شيئا من الالف ٥ واذا شهد شاهدان ان الميت اوصى
لهذين بدراهمه وشهد اخران انه اوصى لهذين بدراهمه لم تجز
شهادتهما ٥ ولو شهد شاهدان بدنانيره واخران بدراهمه
او اثنان بعبده والاخران بدراهمه جازت الشهادة لان كل فريق يشهد
على عقد الوصية لا على الملك ولا يمكن اثبات العقدين متى كان الموصى
به واحدا فبطلت الشهادة بتلك كما لو شهد احد الفريقين ببيع هذا
العبد من هذا والاخر ببيعه من هذا لم يقبل ومتى كان الموصى
به مختلفا فقد امكن اثبات الوصيتين فيقبل ٥ واذا شهد
الوصيان لرجل بانه ابن الميت جاز وان كان صغيرا لم يجز قياسا
لانه يثبت به ميراثه فيكون متهما فيها ويقبل استحسانا على النسب وعلى
التزويج لان المشهود به النسب والتزويج واستحقاق الميراث انما
يثبت حكما لثبات النسب لا مقصودا بالشهادة ٥ باب

شهادة الوصي والوكيل بعد العزل الزيادات

اصله ان من صار خصما في شيء خرج من ان يكون شاهدا في ذلك
الشيء لان الشاهد امين مميز والخصم منازع مخون وبينهما تناف
مبين والمتنافيان لا يجتمعان ابدا ٥ وصي اخرج من الوصاية بعد قبول

الوصاية لم تجز شهادته للميت ابدا لان بموت الموصي صار الوصي خصما
في حقه لان الوصاية خلافة في الولاية ولهذا لو تصرف قبل العلم بالوصاية
نفذ ومن ضرورة صيرورته خلفا ونائبا في التصرف صيرورته
خصما فيما كان الموصي له خصما واذا صار خصما خرج من ان يكون
شاهدا وبعدما خرج من ان يكون شاهدا في شيء لا يعود فيه شاهدا
ابدا ٥ والوكيل اذا خرج من الوكالة تجوز شهادته للموكل ان لم يكن خاصم
الى القاضي عندهما وعند ابي يوسف لا تجوز وان كان خاصم ثم عزل لا تجوز
شهادته بالاجماع لان عند ابي يوسف بنفس الوكالة صار خصما
لانه صار نائبا عنه في المخاصمة ولهذا لو اقر على موكله في غير
مجلس الحكم نفذ فصار بمنزلة الموصي وعندهما لا يصير خصما
بنفس الوكالة ما لم يخاصم عند القاضي لان المخاصمة انما تتحقق
بالمنازعة والمشاجرة عند القاضي واذا عزله قبل المخاصمة فقد
عزله قبل ان يصير خصما وسقوط الشهادة من ضرورة صيرورته
خصما فاذا لم يصر خصما لم تسقط الشهادة ارأيت لو وكله بالخصومة
فقبل انه شاهد ثم عزله كما وكله لا تسقط شهادته ٥
قضى القاضي لرجل بشهادة انه وكيل في كل خصم يخاصم
الوكيل في الف ثم اخرج عن الوكالة ثم جاء يشهد بما به تبين
للموكل ان قال الوكيل كانت واجبة قبل قضاء القاضي بالوكالة
لهذه الصفة الاخرى لان في دعوى حق اخر لا يحتاج الى اعادة الشهادة على
الوكالة فاذا جعله خصما في الكل سقطت شهادته فيها ٥

الشهادة

وان زعم الوكيل انها وجبت لموكله بعد القضا جازت شهادته لانه من كان
وكيلا في هذا المال لا يكون وكيلا فيما كان واجبا للموكل وقت الوكاله كما قبل
الوكاله لان المانع لم يظهر للقاضي وقت القضاه فان وكله بحضر القاضي
ثم خاصم في الف فعزل ثم شهد للموكل بمايه دينار جازت ه احد
الوكيلين اثبت وكالته والاخر غايب جاز نفعهما لان التوكيل واحد
وانه حق للحاضر والغايب فينتصب الحاضر خصما عن الغايب
قامت البينه على الوكاله فلم تزك ولم يقض بالوكاله واحضر
الوكيل بينه يشهدون على رجل بحق للموكل لا تقبل فلما زكيت الشهاده
على الوكاله لا يصير خصما ما لم يقض القاضي بها لان الشهاده
لا توجب له شيا قبل القضا والبينه لا تقبل من غير خصم وتقبل
استحسانا لان الوكيل قد يحتاج الى سماع بينته قبل القضا بوكالته
بان كان شهوده على الحق عازمين على السفر غير ما كثين على الحضر فربما
يتاخر ظهور عداله شهود الوكاله فلو لم تقبل منه الشهاده على الحق
يتضرر الموكل بفوات حقه ولو قبلنا لم يتضرر به المطلوب لانه لا يقضي
بها الا بعد القضا بالوكاله ومتى قضي بوكالته تبين ان البينه
قامت على الحق عن خصمه ولو جرح شهود الوكاله ثم حضر الموكل
فاخرجه من الوكاله او جحد انه وكله ثم شهد للموكل لا تقبل
لان في زعم الوكيل انه كان وكيلا وانه خاصم فيه والشاهد متى
زعم انه لا شهاده له في حادثته ابطل القاضي شهادته فيها ه
قدم رجلا الى القاضي واقام بينه ان فلانا وكله والمدعى عليه مقر بالحق

او منكر ولم تزك البينه حتى غاب المدعا عليه فاحضر الوكيل رجلا اخر
يدعي قبله حقا للموكل ثم زكيت البينه حكم بوكالته ولم يكلفه اعادتها
على الثاني لان الشهود شهدوا بالوكاله بكل حق هو له
وفي هذا كل مطلوب خصم حتى اذا قضى القاضي على الاول
لا يحتاج الى اعادته على الثاني وكان حضور الثاني للقضا
كحضور الاول وكان القضا بالوكاله بكل حق هو له قضا
على الكل وان غاب الاول ولم يحضر الوكيل غيره ثم زكيت
البينه لم يحكم بوكالته لان البينه لا يقضى بها الا بحضرة
الخصم

باب الشهاده في الطلاق فيه

فصلان فصل في اختلاف النطق وفصل في الشهاده على الطلاق
المبهم **فصل** شهد احدهما بالطلاق الرجعي والاخر
بالباين تقبل على الرجعي لانهما اتفقا على اصل الطلاق وتفرد
احدهما بزياده صفه وهي البينونه فيثبت ما اتفقا عليه
ويبطل ما انفرد به احدهما وكذلك اذا شهد احدهما
انه طلقها واحده وشهد الاخر انه طلقها واحده وواحده
او واحده ونصفا وكذلك لو شهد احدهما على تطليقه
والاخر على واحده وعشرين تقبل على الواحده لانهما اتفقا
عليها لان المعطوف غير المعطوف عليه وكان الاول مفصولا
عن الثاني ه ولو شهد احدهما على واحده وشهد الاخر على

النصف او الثلث لا تقبل عند ابي حنيفة خلافا لهما كما لو شهد
احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة ٥ شهد احدهما انه
قال ان دخلت فلانة وفلانة الدار فهما طالقان وقد دخلتا وشهد
الآخر انه قال ان دخلت الدار فهي طالق وقد دخلت لا تقبل
لانهما شهدا على يمينين مختلفين لان اليمين تختلف باختلاف
الشرط والجزاء فالشرط في الاولى دخولهما وفي الجزاء طلاقهما وفي الشرط
في الثاني دخول الواحدة وفي الجزاء طلاقها ولم يقم على احدهما شاهدان
فلا يثبت ٥ ولو شهد احدهما انه قال لها ان دخلت الدار فانت
طالق وفلانة معك وشهد الآخر انه قال ان دخلت الدار
فانت طالق تقبل لانهما اتفقا على الشرط ووجوده في حق الواحدة
وتفرد احدهما بزيادة طلاق الاخرى فيما اتفقا عليه يقع

فصل من شهد انه طلق احدى امرأتيه بعينها
وقد نسياها لا تقبل لانهما لم يشهدا بما تحملا لانهما قالا
نسيناه وغلطنا ما تحملناه فلا تكون هذه شهادة ولو
شهدا انه طلق احديهما لا بعينها تقبل استحسانا ويجبر
على البيان لانهما شهدا كما تحملا وبينا للقاضي ما سمعا والبيان
الواقع بالشهادة كالبيان الثابت بالمعاينة والمشاهدة
ولو ثبت ذلك عند القاضي بالسماع والمشاهدة يقضي به
ويجبر على البيان فكذا اذا ثبت بالشهادة ٥ ولو شهد واحد

على الطلاق قبل الدخول او على الطلاق البائن وطلبت المرأة من القاضي
ان يضعها على يدي عدل ان كان الشاهد فاسقا لا يضعها لانها لا توجب
حكما وان كان عدلا او قال الشاهد الآخر غائب لا يضع لانه ربما لا
يحضر ولا يبطل حق الزوج بالشك وان قال انه حاضر يضع استحسانا لان
قول الواحد العدل في باب الديانات مقبول وامر البضع يحتاط فيه فيحال
بينهما احتياطا ولكن لا تجب الحيلولة لان سبب الحل قائم وهو النكاح
حتى لو لم يحل بينهما لا باس به وكذلك لو شهد شاهدان مستوران له
ان يحول بينهما وان كان بعد الدخول لا يحول بينهما لانها معتدة او منكوحة
فسكناها بيت الزوج ولان مطلق الطلاق لا يحرم الوطء ولا الخلوة

باب الشهادة بالعتق المشروط

فيه فصلان فصل في الشهادة على العتق المبهم وفصل في
الطلاق على احد الشريكين **فصل** الشهادة القائمة
على عتق العبد لا تقبل بدون خصومته عند ابي حنيفة وعندهما
تقبل وفي عتق الامة تقبل من غير دعواها بالاجماع لهما
ان العتق حق الله تعالى بدليل انه يثبت مع الجهالة ولا يمنع التناقض
صحة دعواه ويكون اقامته قربة وحسبة فيصح من غير
دعوى كما في عتق الامة له ان العتق حق العبد [illegible] لما
لان منفعته عائدة اليه وفوائده آيلة اليه على الخلوص وهي المالكية
والولايات واهلية الشهادات ودفع استيلاء الغير وتسلطه عن
نفسه فيشترط دعواه لثبوته بخلاف عتاق الامة لانه حق الله

تعالى على الخلوص لأنه سبب لتحريم الفرج وحظر البضع وذلك حق الله تعالى وهو
حق العبد وهو المالكية والولاية تثبت تبعاً له من حيث انه سبب للحرمة
لا مقصوداً ولهذا لو ادعت وشهد ابناها لا تقبل الشهادة لأنه بالدعوى
صار ما هو حقها مقصوداً فلم يمكن جعله تبعاً لسبب الحرمة والشهادة
على حق الله تعالى تقبل من غير دعوى ٥ شهدا على رجل انه اعتق احد
عبديه في صحته لا يعتق عبد وعندهما يعتق ويجبر على ان يوقع
العتق على احدهما بعينه وهذا بناء على ان الدعوى في عتق العبد شرط عنده
ولم تصح الدعوى هنا لجهالة المدعى به فبطلت الشهادة وعندهما
ليست بشرط فلم تبطل الشهادة لفقد صحة الدعوى وذكر في
الجامع ان في الامتين تقبل عنده وفي العبدين لا تقبل وقال بعض
مشايخنا ان الشهادة على احد الامتين لا تقبل عنده لأن الشهادة
بعتق الامة انما تستغني عن الدعوى لما فيه من تحريم الفرج وعتق المبهم
لا يوجب تحريم الفرج عنده حتى لم يجعل الوطء بياناً للعتق في غير الموطوءة
ولو شهدا في مرض موته انه اعتق احد عبديه او شهدا بعد موته انه دبر
احدهما في مرضه او في صحته تقبل استحساناً لا قياساً لجهالة المدعى
به ووجه الاستحسان ان الاعتاق في مرض الموت وصية
وكذلك التدبير في الصحة او في المرض وصية وكان الخصم في
تنفيذ الوصية هو الموصي والوصي نائب عنه وكان المدعى معلوماً
والثاني ان بالموت يشيع العتق فيهما جميعاً فصار كل واحد منهما خصماً
في حق نفسه ٥ وان شهدوا بعد موته انه قال في صحته احدكما

حر فلا رواية فيه واختلفوا على قوله لاختلاف طريقي الاستحسان فعلى
طريق الوصية لم تقبل وعلى طريق الشيوع قبلت والصحيح انها لا تقبل
لجواز ان يكون معلولاً بالعلتين فيتعدى باحدهما في حق امتناع القبول
عبد بين اثنين شهد شاهدان ان احدهما اعتق نصيبه ولا يدرى المعتق
منهما لا تقبل لأنهما شهدا على المجهول وكذلك لو شهدا ان احد هذين
الرجلين اعتق عبده لأن المشهود والمشهود عليه مجهول ٥ شهدا
انه اعتق سالماً وهما لا يعلمان سالماً وله عبد يسمى سالماً ويدعي العتق
عتق ولو شهدا بالبيع على هذا الوجه لا يصح لأن الجهالة لا تمنع
صحة الاعتاق وعندي لا تمنع صحة الشهادة وجهالة المبيع تمنع صحة
البيع وكذا تمنع صحة الشهادة به ٥ المنتقى عن ابي يوسف رجل
اشترى عبداً فشهد شاهدان انه كان حلف بعتق كل مملوك يشتريه
فاعتقه القاضي ثم اشترى عبداً آخر قال يعتق الثاني بالشهادة
الأولى وقال ابو حنيفة لا يعتق الثاني حتى يجدد الشهود الشهادة
بناء على ان عنده الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى والثاني
خلي عن الدعوى والشهادة وعند ابي يوسف تقبل من غير دعوى فالشهادة
القائمة على الأول قائمة على الثاني ٥ واذا ولدت جارية الرجل
ثلاثة اولاد في بطون مختلفة فشهد على الأول شاهدان انه اقر حين
ولد الأكبر انه ابنه وشهد آخران انه اقر بالثاني انه ابنه حين ولد وشهد
آخران انه اقر بالثالث انه ابنه حين ولد قال محمد الأكبر عبد يباع والثاني
بمنزلة ام الولد والثالث ابنه الا ان ينفيه لأن الأول والأوسط تصادقا

ان الجاريه صارت ام ولد بولاده الاوسط الا ان الاقرار لم يكن باتا وانما يثبت بولاده
الاوسط فيثبت امومية الولد ولم يثبت نسب الولد لفقد الاقرار ويثبت نسب
الثالث لانها ولدت الثالث والاقرار ثابت بشهادة الاول والاوسط ٥ رجل مات
وترك اخا لا يعلم له وارث غيره فقال عبدان من رقيق الميت قد كان الميت اعتقنا
في صحته ونحن نشهد انه اقر ان هذا الغلام ابنه فقال الاخ صدقتما في جميع
ذلك قال محمد لا اجيز شهادتهما وهما عبدان للغلام ويدفع جميع الميراث
الى الغلام فهو حر وامه حرة ولا اثبت نسبه من الميت لان الاخ لما صدقهما
في ذلك فقد اعترف ان الوارث هو الغلام فهو حر ولا حق له في
الميراث فلم يعتق العبدان بتصديقه وشهادة العبد لا تقبل
فلم يثبت النسب من الميت ولكن ثبت للغلام استحقاق
الارث باعتراف الاخ ٥ ولو كان مكان الغلام جاريه
اجزت شهادتهما واثبت نسب الجاريه وتسعى العبدان في
النصف قيمتهما ولا ضمان على الاخ فيهما في قول محمد لان الاخ يرث مع البنت
فيبقى له الملك في نصف العبدين فعتقا بتصديقه اياهما في الاعتاق
فتقبل شهادتهما ويثبت نسب الجاريه بالبينة الا ان العبد المشترك متى
عتق باقرار شريكه يسعى العبد في نصيب شريكه الساكت عندهما
وفي قياس قول ابي حنيفة لا تقبل شهادتهما ولا يثبت نسب
الجاريه لانهما بمنزلة المكاتب لان العتق عنده يتجزى فيعتق
نصف الاخ ومعتق البعض بمنزلة المكاتب وشهادة
المكاتب لا تقبل ٥ فصل ولو شهد احد الشريكين

الاعتاق

١٦١

مع اجنبي على شريكه بالعتق لا يقبل لانه شهادة لعبده او المكاتبه ويعتق
العبد لاقراره ٥ شهد اجنبيان على احد الشريكين ان شريكه الغايب
اعتق حصته من هذا العبد يحال بينه وبين الحاضر ولا يحكم بعتقه
حتى يعلم الغايب فيعاد عليه البينه عند ابي حنيفه وعندهما يعتق
العبد للحال والحاضر خصم عن الغايب وهذا بنا على ان الاعتاق
يتجزى عنده فيكون هذا دعوى الحيلوله على الحاضر والغايب وعندهما
لا يتجزى فتكون شهادة على الحاضر والغايب والحاضر يصلح خصما عن
الغايب لاتصال الملك بينهما فيحصل خصما ٥ ولو شهد شاهدان ان
المشتري اقر ان البايع اعتق العبد عتق من مال المشتري لان اقراره مقبول
في حقه والعتق متى ثبت في حق شخص يثبت في حق الكل ولا يثبت الولاء
لواحد منهما لان كل واحد منهما يقول عتق على الاخر وكذلك لو
اقر المشتري ان البايع دبره او استولدها الا انه يسعى مملوكا للواحد لان
المشتري يقول ما ثبت الملك لي فيه والبايع يقول زال ملكي عنه
ولا يعتق بموت البايع لان موجب قول المشتري هذا ٥ ولو شهدا
على احد الشريكين انه اقر بعتق المملوك وهو موسر ليضمن نصيب شريكه
والولاء له لان العتق يثبت عليه بحجة شرعيه فلا ينتفي الولاء عنه بجحوده
عبد بين ثلثه شهد اثنان منهما ان الثالث اعتقه بالف والثالث
يصدقهما والعبد يدعي العتق مجانا يقبل الشهادة لانه شهادة بالمال
على العبد لا بالعتق لانه ثابت بقول المولى فيقبل ٥ ولو شهد ابنا
احد الشريكين ان اباهما اعتق العبد بغير جعل تقبل لانها شهادة على الاب

ولو اقام الاب بينة انه اعتقه بالف اخذ ببينته لان بينة الاب مثبتة الزيادة
فيكون ابدا اثباتا واظهارا ٥ ولو شهد ابنا احد الشريكين على الاخر انه
اعتق امته لا يقبل لانهما يشهدان لام ابيهما وينشآن للاب حق التضمين
فتكون شهادة للاب ايضا ولو شهدا على ابيهما انه اعتقهما قبلت لانها شهادة
على الاب بازالة ملكه فان كان موسرا ثم ماتت الامة وتركت مالا وولدا ولدت
بعد العتق ولدا واراد الشريك استسعاء الولد ليس له ذلك وله ان يضمن
الشريك ويرجع الشريك بذلك في تركة الامة وان لم تترك مالا رجع
بذلك على الولد لان على الولد ان يسعى فيما على امه لانه صار مكاتبا بكتابتها

فصل عبد في يدي رجل اقام بينة انه اعتقه وهو يملكه
واقام اخر بينة انه اعتقه وهو يملكه ينظر ان صدق العبد احدهما فبينته
اولى لان العتق حق العبد لا حق المولى وان كذبهما فالولاء بينهما نصفان ولو
اقام كل واحد منهما بينة انه اعتقه على الف وهو يملكه فالولاء بينهما
ولكل واحد عليه الف ولا يعتبر تصديق العبد وتكذيبه ٥ وان
لم يذكر احدى البينتين مالا فبينة مدعي المال اولى صدقه العبد او كذبه
امة في يدي رجل اقام بينة انه دبرها وهو يملكها واقام اخر بينة انها
ولدت منه وهو يملكها واقام اخر بينة على مثل ذلك فهي للذي في يديه
ولو اقام ذو اليد البينة انه كاتبها على الف وهو يملكها واقام اخر
بينة على مثل ذلك فان صدقت احدهما جعلتها مكاتبة له وان كذبتهما
جميعا فهي مكاتبة لهما وعليها لكل واحد منهما الف فان عجزت جعلتها
امة بينهما ٥ ابن سماعة عن محمد رجل قال كل مملوك املكه او اشتريه

الى سنة فهو حر فخاصمه عبد له في ملكه واقام البينة عليه فقبل
اليمين فاعتقه القاضي ثم اشترى عبدا في تلك السنة فخاصمه القاضي
يوم ما عادة البينة لان البينة كانت له وقال على قوله كل عبد املكه
لا على قوله اشتريته ٥ ولو اقام العبد المشترى البينة على ذلك فاعتقه
ثم اشترى اخر فخاصمه قال ابو يوسف لا يعتق القاضي الثاني حتى يعيد
البينة وقال محمد لا يعيد البينة ويعتقه لان القضاء على الحالف بتلك
اليمين بالبينة وقع لهما لان اليمين المضافة الى الشرا يتناول اليمين المضافة
الى الملك القائم لان الشرا سبب الملك فاما اليمين الواقعة على الملك
القائم لا يتناول اليمين المضافة الى الملك ٥ فان رجعا عن شهادتهما بعد
ما اعتقهما القاضي ضمنا قيمة الاول ولم يضمنا من قيمة الثاني شيئا لانهما
بشهادتهما اثبتا اليمين وصلا واليمين الثانية شرطا ضمنا وبعلة
فلم يضمنا تلف الثاني ولا يضمنان ويعتق القاضي كل عبد يشتريه
الحالف بعد رجوعهما عن الشهادة في قول محمد ٥ ولو شهدوا
ان المولى اعتق عبده فقضى القاضي به ثم رجعا وضمنا القيمة ثم
شهد اخران ان المولى اعتقه بعد ذلك لا تقبل شهادتهما بالاجماع
ولو شهدا انه اعتقه قبل ذلك لا تقبل عند ابي حنيفة وعندهما
تقبل لانه يصير كان اربعة شهدوا بعتقه من الابتداء ثم رجع اثنان
وبقي اثنان فقد بقي من يقوم بشهادته كل الحق ويظهر ان القضا
بالضمان وقع خطا فظهر ان الضمان لم يكن واجبا ولابي حنيفة ان
القضا بالرجوع والضمان قد صح لانه حين رجع الاولان لم يبق على

العتق فثبت من الحجة فصح القضاء بالضمان ولا ينتقض بالشهادة من بعد ٥ قال محمد
لو قال سالم وبزيع وميمون احرار واقام احدهم البينة على ذلك ثم جاء آخر
لا يعيد البينة لانه اعتاق واحد ولو قال سالم حر وبزيع حر وميمون حر
يعيد كل واحد البينة لانه تحريرات مختلفة ٥ الجامع اصله
ان الحرية تصلح حجة للدفع ولا تصلح حجة للاستحقاق لانها ثابتة باعتبار
الظاهر فان الحرية اصل في اولاد آدم لانهم تولدوا وتوزعوا من ابوين حرين
ادعى على رجل انه عبده وقال المدعى عليه انا حر الاصل فالقول قوله لان الظاهر
يشهد له فان اقام المدعي البينة ان نصف العبد له قضي له به ولم يقض في النصف
الثاني برق ولا بعتق لانه لا يجوز ان يقضي بحريته اصلية لان القاضي لما قضى
بالرق في النصف فقد ابطل حريته الاصلية في الباقي لانها لا تتجزى ولا يجوز
ان يقضي بحريته عارضية لانها تبتنى على الرق والملك وقد تعذر القضاء
بهما في النصف الباقي لانه القضاء من المقضي له ولم يوجد واذا تعذر القضاء
بالرق والحرية وجب التوقف في ذلك وقيل انه في حق المدعي
والا في حق الاحكام كالشهادة والعبد يعتبر كله رقيقا ٥ فان
قتل العبد رجلا خطا فقال ولي المقتول هو عبد قيل للمقضي له ادفع نصفك
اليه او افده ولا يقضى في النصف الباقي بشيء لان المولى المقضي له انما يقضى
على ثبوت حق ولي الجناية في النصف الذي قضي فيه بالرق ٥ وان قال المولى
هو حر لم يقض له بشيء لانه لما زعم ان القاتل حر فقد ابرأ المقضي له عن جنايته
فان اقام البينة على حريته تقبل وكانت اولى من بينة الرق ٥ ولو لم يجن
العبد ولكن جني عليه قضي للمقضي له بنصف الجناية ووقف نصفها لان

نصفه قن له ونصفه موقوف ولا تجوز شهادته ولا يجلد حد العبيد لانه
وقع الشك في حرية النصف الباقي فلا تثبت ولاية الشهادة ولا
يكمل حده بالشك وكان بمنزلة المكاتب

باب الشهادة في القتل

الجامع اصله ان البينة حجة من حجج الشرع
فيجب اعمالها ولا يجوز تعطيلها واعمالهما الا اذا تعذر ومتى وقع التعارض
والتمانع في السبب وامكن العمل بهما في حق الحكم يعمل بهما في ترتيب الحكم
ويجعل دعوى السبب مجازا عن دعوى الحكم وهذا قول ابي حنيفة وقالا
متى تعذر اعتبار السبب تهاترت البينتان ولا يعمل بهما لان الحكم
لا يثبت بدون السبب ٥ رجل قتل وله ابنان فاقام الاكبر على الاصغر
بينة انه قتل الاب عمدا واقام الاصغر بينة ان اجنبيا قتله عمدا فعند ابي
حنيفة تقبل البينتان ويقضى لكل واحد منهما بنصف الدية على
عاقلة خصمه وعندهما بينة الاكبر اولى ويقضى على اخيه بالقود
وبينة الاصغر على الاجنبي باطلة لهما ان بينة الاكبر اكثر اثباتا
لانها توجب القود ان كان القتل عمدا والدية ان كان خطا وحرمان ميراث
الاصغر واحراز جميع الميراث لنفسه وبينة الاصغر تثبت موجب
القتل لا غير وكانت بينة الاكبر اثباتا فترجحت له ان بينة
الاكبر ليست باكثر اثباتا لانها تنفي ميراث الاصغر لان الحرمان
انتفاء والبينة تترجح بزيادة الاثبات ولا تترجح بزيادة النفي لانها موضوعة
للاثبات دون النفي ولئن كان في حرمان الميراث زيادة اثبات الا انها
زيادة لا تتعلق بالمشهود به ولا تثبت بها القتل فلا تترجح بها البينة كما لو اقام

أحدهما بينة على اقرار رجل بهذه العين له وبالقبض والآخر اقام بينة على
الاقرار المجرد يقضي بالعين بينهما وإن كان في بينة أحدهما زيادة اثبات
وهو القبض لأن الاقرارين لا يتأكد ولا يتأيد بالقبض فلم يعتبر ترجيحا فكذا
هذا أي إذا استويا في الاثبات تهاترتا لأن القتل لا يتكرر في محل واحد
فصار دعوى القتل مجازا عن الحكم وهو الدية صونا للكلام عن الهدر
وأنه لا يستحق إلا دية واحدة فيقضي لكل واحد بالنصف ثم عندهما
الميراث للمدعي ولم يذكر قول أبي حنيفة والصحيح عنده أن الميراث بينهما
نصفان لأن سبب ميراث الأصغر ثابت بيقين وإحاطة وهو السبب
ووقع الشك في حرمانه عن الميراث إن كان قاتلا صار محروما وإلا فلا فلم
يثبت الحرمان بالشك فوجب قسمة الميراث بينهما باعتبار السبب
لا باعتبار الدعوى والمنازعة فإن اقام كل واحد من الابنين البينة
على صاحبه لا تقبل البينتان عندهما وعند أبي حنيفة يقضي بنصف الدية
لكل واحد على صاحبه إن كان عمدا في ماله وإن كان خطأ فعلى عاقلته والميراث
بينهما لهما أن كل واحد منهما اثبت القتل على صاحبه وحرمانه
عن الميراث فاستويا في الاثبات فتهاترتا وله أن القاضي يجد لكل
فريق محملا ما يطلق له إذا أمكنه بجواز أن أحدهما ضارب الأكبر وجاذبه
وانفذه إلى الجانب الآخر والفريق الثاني ضارب الآخر جز رقبته فلم ينسب
القاضي بكذب أحد الفريقين ولا تهاتر البينتان فيجب العمل بهما وقد تعذر
العمل في حق أحد حكمي القتل وهو القصاص فيجب العمل بهما في حق حكم الآخر
وهو المال صونا للذمة عن الاهدار ثم البنون ثلاثة أقام الأكبر البينة على

الأوسط والأوسط على الأصغر والأصغر على الأكبر يقضي لكل واحد
ثلث الدية على الذي اقام البينة في ماله إن كان عمدا وعلى عاقلته إن كان خطأ
والميراث بينهما أثلاثا لأن الدية مال وقد استوت دعاويهم حججهم
في نصف الدية والميراث فكان هذا بمنزلة دار في يد انسان تنازع فيها
ثلاثة نفر ادعى كل واحد نصفها وأقام عليه بينة تقضي بينهم أثلاثا وعندهما
لكل واحد نصف الدية على الذي اقام البينة عليه والميراث بينهم لأن التهاتر
لم يقع من البينات لأن بينة كل واحد قامت على غير الذي قامت بينة صاحبه
فلم يوجد شرط التهاتر وهو التعارض فقبلت وكل واحد ادعى جميع الدية
لنفسه ولصاحبه وقد سقط نصيب صاحبه بالتكذيب فبقي النصف
له ويجوز أن يزاد على دية واحدة في مقتول واحد إذا تفرق اتلافه بأن قطع
رجل يد انسان وآخر رجله وآخر جز رقبته خطأ فإنه يجب ثلث ديات
فههنا فيما اختلف الجناة واحتمل أن يكون الاتلاف منهم وجد متفرقا إذا
شهد كل فريق بمطلق القتل يحتمل كذلك والجواب عنه
بلى احتمل أن الاتلاف وجد منهم متفرقا واحتمل أنه وجد منهم مجتمعا
فمقدار دية واحدة متيقن ووقع الشك في الزيادة فلا يجب الزيادة
بالشك فإن اقام الأكبر والأوسط البينة على الأصغر وأقام
الأصغر عليهما تهاترت البينتان عندهما والميراث بينهما وعند أبي
حنيفة لهما على الأصغر عليهما نصف الدية بينهما وله عليهما
نصف الدية وله نصف الميراث ولهما نصفه بينهما لأنه ادعى على الآخرين
جميع الدية لنفسه لما ادعى أن الأكبر والأوسط قاتلين فهما ادعيا

جميع الدية لانفسهما لما ادعيا القتل على الاصغر فيقضى بينهما ارباعا كالثلاثة
نفر تنازعوا في دار ادعى احدهم جميعها والآخران جميعها واقاموا البينة
يقضى للمنفرد بالنصف وللآخرين بالنصف بينهما فكذى هذا ٥ ولو
اقام الاصغر على الاوسط والاوسط على الاصغر بينة والاكبر فان ادعى
على الاصغر قضي له بنصف الدية على الاصغر ونصف الميراث وقضي لكل
واحد على صاحبه بربع الدية وبربع الميراث لان كل واحد منهما اثبت
ببينته ان جميع الدية والميراث بينه وبين الاكبر نصفان فقد تماكرا
أن للاكبر نصف الدية والنصف الآخر يدعيه كل واحد منهما لنفسه
فيكون بينهما الا ان ما اصاب الاكبر يضم الى ما في يد الاوسط فيقتسمان
ذلك نصفين لان الاكبر اقر ان الاوسط يساويه في الاستحقاق وعندهما
يجب القود على الاصغر ان كان عمدا والدية على عاقلته ان كان خطا
ولا ميراث له بل هو بين الاكبر والاوسط لان بينة الاصغر والاوسط
تهاترتا في حق ما سهما لوقوع التعارض في حقهما تفرد الاكبر باقامة
البينة على الاصغر فتعين قاتلا ٥ ولو لم يدع على واحد منهما شيئا فلا
دية له وقضى لكل واحد من المدعيين على صاحبه بربع الدية والميراث
بينهما اثلاثا لانهما اقرا ان النصف للاكبر وقد ارتد برده وتكذيبه
فبقي التعارض في النصف الآخر والاكبر صدقهما في الميراث فبقي الثلث
وكذبهما في الزيادة على الثلث لما لم يدع القتل على واحد منهما فلم يستحقا
الزيادة ٥ وان ادعى الاكبر قتلهما جميعا فلا شيء له في الدية وله نصف
الميراث ونصفه لهما بينهما ولكل واحد منهما ربع الدية على صاحبه

لان الاكبر بدعواه القتل عليهما كذب شهودهما في البعض فلم يثبت حقه
في الدية لتكذيبه ويدعي جميع الميراث والآخران اقرا له بالنصف فياخذ
النصف ولا ياخذ الزيادة بمجرد دعواه والآخران استويا في الحجة فيستويان
في الاستحقاق وعندهما البينتان باطلتان والميراث بينهم اثلاثا ٥
ولو ترك المقتول ابنا واخا فاقام كل واحد بينة على صاحبه انه
قتله عمدا قضي ببينة الابن على الاخ وعليه القود لان الابن وارث
بيقين ووقع الشك في حرمانه عن الميراث فلم يحرم بالشك والاخ ليس
بوارث وكان بمنزلة الاجنبي وكان الابن خصما عن الميت فقبلت
بينته والاخ ليس بخصم عن الميت فبطلت بينته ٥ ولو اقام كل
واحد من الابنين البينة على صاحبه بقتل الاخ شهود احدهما انه عمد
باطل والحكم على ما مر لانه ليس بوارث ٥ وان اقام الاخ البينة ان
الابنين قتلا اباهما فالبينة بينة الاخ لانه اثبت بالبينة انه هو الوارث
وانهما ليسا بوارث فقبلت بينته وهذه كمسئلة اول الباب لم تقبل
بينته ولا ميراث له عندهما لان في بينتهما زيادة اثبات وهو حرمان المرأة
والبنت وبينة الاصغر تملك الزيادة فترجحت بينتهما وخرج الاصغر
من ان يكون وارثا وعند ابي حنيفة وله ثلث الدية على الاجنبي وعليه
ثلثا الدية لاخويه لان عنده سهما لا ترجح بسبب اثبات حرمان
الميراث لما بينا فقبلت البينات جميعا ٥ ولو اقام الاكبر على الاوسط
والاوسط على الاصغر والاصغر على الاجنبي قبلت البينات عند ابي حنيفة
وقضى لكل واحد بثلث الدية على صاحبه ولم يذكر الميراث ويجب ان يكون

الميراث بينهم اثلاثا لان حرمان احدهم عن الميراث لم يثبت فان القتل لم
يقتصر على الورثة بل تعدى الى الاجنبي فسقط اعتبار القتل في حق حرمان
الميراث فيقسم باعتبار النسب بخلاف ما لو كان القتل لا يعدو الورثة
فانه يقسم على قدر دعاويهم لانه تعذر القسمة باعتبار النسب لان احدهم
محروم عن الميراث وعندهما لا تقبل بينة الاصغر ولا ميراث له وعليه
نصف الدية لانه خرج من ان يكون وارثا بسبب الاوسط لانه تعين قاتلا
بسبب الاوسط لانه اثبت القتل عليه وهو لم يثبت القتل احدا لان بينته
على الاجنبي لم تقبل لانه ليس فيها حرمان الميراث فترجحت بينتهما ٥

باب شهادة اهل الذمة

شهادة اهل الذمة بعضهم لبعض مقبولة سواء اتفقت ملتهما او اختلفت
الا ان يكونا من دارين مختلفين بان شهد رومي على هندي او هندي على
رومي وعند الشافعي غير مقبولة والصحيح قولنا لان الشهادة هي الخبر
الصادر عن يقين واتقان وقد ترجح الصدق في خبرهم لشهادة القلب
والاطمينان لوجود الداعي الى الصدق والصارف عن الكذب فيه اذ
الكذب محظور في جميع الاديان والظاهر من كل عاقل متدين
الاجتناب عما هو محظور دينه لما انه سبب المذمة في الدنيا
والعقوبة في الاخرة والخبر الراجح حجة الا انه لا تقبل عند تباين
الدارين لان لتباين الدارين اثرا في قطع الولايات ولهذا لا يجري التوارث
بينهم وينقطع به النكاح لعدم الفائدة ٥ وتقبل شهادة الذمي على المستأمن
وعلى عكسه لا لان الذمي بعقد الذمة التزم احكامنا فصار منا دارا

في اجراء احكام الدنيا ٥ وشهادة المستأمن لا تقبل على المسلم ولا
شهادة كافر على مسلم لانهما من باب الولاية لما فيهما من تنفيذ القول
على الغير ولا ولاية ولا سبيل للكافر على المسلم بقوله تعالى ولن يجعل الله
للكافرين على المؤمنين سبيلا ٥ وتقبل شهادة الكفار على العبد الكافر
التاجر وان كان مولاه مسلما وعلى العكس لا تقبل لان في الاول قامت على
اثبات امر على الكافر لان الدين يثبت على العبد واستحقاق ما في يد المولى
غير مضاف الى الشهادة لانه ليس من ضرورة وجوب الدين عليه استحقاق
ما في يد المولى لا محالة بل ينفك عنه في الجملة وفي الثاني الشهادة قامت على
اثبات امر على المسلم فلم تقبل والوكيل مع الموكل بمنزلة العبد
مع المولى ٥ ولا تقبل شهادة كافرين على شهادة مسلمين وعلى
عكسه تقبل لان في الاول شهادة كافر قامت على المسلم لانها
قامت على اثبات شهادة المسلم عند القاضي وفي الثاني شهادة
مسلم قامت على كافر ٥ ولا تقبل شهادة كافرين على قضية قاضي
على كافر او مسلم لانها قامت على اثبات القضاء على القاضي فقد قامت
على اثبات امر على المسلم فلا تقبل ٥ كافر في يده امة ملكها من جهة
مسلم فشهد عليه كافران انها لكافر آخر والمسلم لا تقبل عندهما وقال ابو يوسف
ان تقبل على الكافر خاصة لانها قامت على كافر ومسلم وقد امكن القضاء
بها في حق الكافر وهو المشتري لان الشهادة وان وقعت بملك مطلق ولكن
تعذر القضاء بالملك من الاصل لما فيه من استحقاق الرجوع بالثمن على البائع
وهو مسلم فيقضى بملك حادث للمدعي من جهة المشتري بسبب جرى بينهما

تصحيحاً للبينة كالشهادة بالدين على مسلم وكافر يقبل في حق الكافر لهما
أن الشهادة وقعت بملك مطلق والشهادة بملك مطلق شهادة بالملك له
من الأصل حتى يستحق المدعي بزوائدها ويثبت رجوع الباعة بعضهم على
بعض وقد تعذر القضاء بالملك من الأصل للمشتري لما فيه من استحقاق
الرجوع بالثمن على البائع وهو مسلم بخلاف الشهادة بالدين على مسلم وكافر
لأنه ليس في القضاء بالدين على الكافر إثبات حق على المسلم ٥ مات كافر
عن ابنين واقتسما ثم أسلم أحدهما فشهد كافران بدين على أبيهما جاز
في حصة الكافر لما بينا ٥ ادعى مسلم وكافر على ميت كافر دينا وأقاما بينة
كافرة يعطى المسلم تمام حقه فإن بقي شيء فهو للكافر لأن دين المسلم آكد
ثبوتا وأكثر ظهورا لأنه ظهر مطلقا في حق الكافر والمسلم ودين النصراني
لم يظهر في حق المسلم لأن بينته ليست بحجة في حق المسلم لما بينا ٥ أوصى كافر
إلى مسلم فأقام رجل بينة كافرة بدين على الميت جاز ٥ لأن هذه شهادة
قامت على كافر وهو الميت لا على الوصي لأن وجوب قضاء الدين على الوصي
غير مضاف إلى الشهادة لأن وجوب الدين على الكافر ينفك عن وجوب القضاء
على الوصي بحال بأن لم يوص إليه فيكون وجوب القضاء مضافا إلى قبوله الوصاية
لا إلى شهادة الكافر ٥ شهد ذميان بمال على ذمي فأسلم المشهود عليه قبل
القضاء لا يقضى لأن الشهادة إنما تصير حجة وقت القضاء ووقت القضاء
الشاهد كافر والمشهود عليه مسلم فلا تصير حجة ٥ وإن أسلم المشهود
عليه في الحدود بعد القضاء قبل الإمضاء في النفس وفيما دونها تنفذه قياسا
ولا تنفذه استحسانا لما عرف وإذا لم ينفذه هل يجب الدية ذكر الخصاف في

أدب القاضي أن عند أبي يوسف تجب وقيل عند الكل
تجب وقيل عند أبي حنيفة تنفذ القضاء بالقصاص فيما دون النفس
ولا يقضى بالدية في النفس وعندهما يقضى بالدية فيهما لأن تعذر
استيفاء القصاص هاهنا لمعنى في المدعى عليه فصار نظير النكول
والقضاء بالنكول يصح فيما دون النفس لا في النفس عنده وعندهما يقضى
بالدية بالنكول فيهما ٥ وإذا أسلم السارق بعد القضاء قبل القطع فالقاضي
يضمنه المال ويدرأ عنه القطع لأن السرقة اشتملت على حكمين فيعمل بإسلامه
في حق كل واحد من الحكمين ٥ وإن حدّت الشهادة بعد إسلام المشهود
عليه قضى بها في الأموال والقصاص وحد القذف ولم يقض بها في
الحدود الخالصة لله تعالى والفرق أن هذه الشهادة غير مردودة
حقيقة بإسلام المشهود عليه لكن القاضي لما لم ينفذها عليه بعد
إسلامه تصورت بصورة المردودة فأورث ضرب شبهة والشبهة
كافية لدرء الحدود الخالصة وتستوفى حقوق العباد مع الشبهات وهذه
المسألة لا توجد في المبسوط وإنما ذكرها الخصاف في أدب القاضي ٥
شهد ذميان على ذمي بخمر أو خنزير فقضى ثم أسلم الشاهدان ثم رجعا
ضمنا قيمة الخنزير ولم يضمنا قيمة الخمر عند أبي يوسف وعند
محمد يضمنان قيمة الخمر لأن الشهادة إتلاف حكما فيعتبر بالإتلاف
حقيقة حسا وفي الإتلاف الحقيقي في ضمان الخمر خلاف بينهما فكذلك
هذا ٥ وإن أسلم المشهود عليه ثم رجعا ضمنا قيمة الخنزير دون قيمة

الخمر لان المشهود عليه طالب في حق الشهود فان الحق له قبل الشهود والطالب
متى اسلم لم يرجع الا بقيمة الخنزير دون قيمة الخمر وكذا اهدى ٥
المنتقى ذكر هشام عن محمد في شاهدين كافرين شهدا على كافر فعدلا
فاسلم الشاهدان والمشهود عليه قبل القضا فكانهما يعيد الشهادة
عليه ولا يسال عن تعديلهما لان الشهادة قامت في حالة الكفر
وقد اسلم المشهود عليه قبل القضا وما يمنع ابتدا الشهادة يمنع
القضا وانما لا يعاد التعديل لانهما عدلان في حالة الكفر وبالاسلام لا يزداد
العدالة وثقة

باب الشهادة على النصراني بعد موته بالدين للمسلم

٥ **الجامع** اصله ان البينة
المسلمة على الكافر مقبولة والبينة الكافرة على المسلم مردودة
لان الشهادة من باب الولاية والكرامة لما فيها من تنفيذ القول
وتسلطه على الغير والمسلم اهل الولاية مستحق للكرامة بالقرابة
والسلطنة فكذا بالشهادة والحجة والكافر مستحق للخزي والاهانة
غير مستحق للولاية والكرامة على المسلم لا بالقرابة والسلطنة
فكذا بالشهادة والحجة وللكافر ولاية على الكافر بالقرابة والسلطنة
فكذا بالشهادة ٥ نصراني مات عن مائة درهم اقام مسلم عليه شاهدين
نصرانيين بمائة درهم واقام مسلم ونصراني نصرانيين بمائة درهم يقضى بثلث
المائة للشريكين وثلثيها للمسلم المنفرد لان بينة المسلم المنفرد
حجة في حق شريك المسلم وهو النصراني وبينة كل واحد من المسلمين

ليست بحجة في حق صاحبه لانها كافرة فوقع التعارض بين المسلمين في
البينة وحق الشريك النصراني من الوسط والتساوي فتقسم المائة
بينهما على قدر حقيهما واحدهما يدعي المائة والاخر يدعي خمسين فتقسم
اثلاثا ثم ما اصاب المسلم يكون بينه وبين شريكه نصفين لانه اقر انه
يساويه في الاستحقاق ٥ ولو ان المنفرد نصراني والمسالة بحالها قضي بالمائة
بينهم اثلاثا لكل واحد منهم ثلثها لان بينة المسلم حجة في حق النصراني
وبينة النصراني المنفرد ليست بحجة على المسلم واستحق المسلم خمسين
وبقي خمسون وقد تنازع فيه نصرانيان وبينة كل واحد منهما
حجة على صاحبه فتعارضا والنصراني المنفرد يدعي المائة
والنصراني الشريك يدعي خمسين فتقسم اثلاثا فياخذ النصراني
الشريك ثلث الخمسين وذلك ستة عشر وثلث فيضمه الى ما في يد
شريكه فيقتسمان نصفين وكذلك الجواب لو كان شهود الشريكين
مسلمين وشهود المسلم المنفرد نصراني قضي بنصف المائة للمنفرد
وبنصفها لهما لان بينة كل واحد حجة في حق الاخر ٥ نصراني مات
عن مائتي درهم وابنين نصرانيين فاسلم احدهما فاقام مسلم شاهدين
نصرانيين على الميت بدين مائة درهم يقضى به في نصيب الكافر ولا يتحول (?)
الابن النصراني في نصيب اخيه المسلم بخلاف ما اذا اقام الابن بينة على مسلم
لدين لابيه فان الابن المسلم يشاركه في ذلك **والفرق** ان بينة
المدعي هاهنا حجة على الابن النصراني خاصة لا على الابن المسلم فاستحق
ما في يد النصراني من الميراث بما هو حجة في حقه غير حجة في حق

فلم يثبت الاستحقاق في حق المدعي فصار ما في يده كالهالك فاما في الدين الاستحقاق ثبت لهما لان البينة المسلمة حجة في حقهما فاشتركا في الاستحقاق

المنتقى مسلم قال ان دخل عبدي هذه الدار فهو حر وقال نصراني لامراته طالق ثلثا ان دخل العبد الدار ثم شهد نصرانيان انه دخل الدار ان كان العبد مسلما فشهادتهما باطلة لانه شهادة على المسلم بالعتق وان كان العبد نصرانيا فشهادتهما على طلاق النصراني جائزة وعلى العتق تجوز

قال محمد رحمه الله نصراني توفي وترك مملوكا فاسلم المملوك بعد موته ثم شهد له نصرانيان ان مولاه كان اعتقه ولا مال له غيره فاقام مسلم شاهدين نصرانيين ان له على الميت الف درهم تقبل شهادتهما ويعتق العبد ويسعى للمسلم

نصراني مات وعليه دين لمسلم ببينة نصرانية وعليه دين لنصراني ببينة نصرانية قال ابو حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله يبدا بدين المسلم لان دين المسلم ظهر ببينة نصرانية مطلقا في حق الميت وغرمائه النصارى لان بينة حجة في حق النصارى فاما دين النصراني لم يظهر ثبوته في حق المسلم لان بينة ليست بحجة في حق المسلم وكان دين المسلم اكثر ثبوتا ولو لم يظهر فتقدم قضاوا بها وقال ابو يوسف يتحاصان لان البينتان استويا في الاثبات واعتدلتا في الحجة على الميت فاستوى الدينان في الثبوت في حق الميت فاستويا في الايفاء نصراني في يده عبد فادعاه مسلم ونصراني واقام كل واحد بينة نصرانية فهو للمسلم بالاجماع وابو يوسف يحتاج الى الفرق بين الحيوة والموت والفرق ان في الحيوة الشهادة قامت على العبد وفي قبول البينة النصرانية ابطال

حق المسلم عن العين فلا يجوز وبعد الموت الشهادة قامت على الدين في ذمة الميت وانه لا يبطل بشهادة النصراني وعلى رواية الحسن عن ابي يوسف العبد بينهما نصفان كما في الدين

نصراني اقام بينة نصرانية على امراة نصرانية انه تزوجها في وقت كذا يقضي بها له ثم اقام مسلم بينة انه تزوجها في وقت بعد ذلك لا يقضي بها له عند ابي يوسف وعند ابي حنيفة يقضي بها له لانه لم يظهر ثبوت نكاحها في حق المسلم بالبينة النصرانية ولو اقاما البينة معا قضي للمسلم عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يقضي للنصراني

نصراني مات وترك ابنين نصرانيين فاسلم احدهما ثم اقام نصراني عليه بينة نصرانية بدين قال ابو حنيفة اقضي له بنصف الدين في حصة النصراني وقال ابو يوسف اقضي بكله في حصة النصراني ولا اقضي على المسلم بشيء

باب الشهادة على اسلام النصراني بعد موته

المبسوط كافر مات وله ابنان مسلم وكافر فاقام المسلم البينة على موت الاب مسلما والكافر على موته كافرا يقضي بالارث للمسلم مسلمة كانت بينة المسلم او كافرة لان احدى البينتين توجب الحكم باسلامه والاخرى توجب الحكم بكفره فترجحت بينة الاسلام كالمولود بين مسلم وكافر يحكم باسلامه لقوله عليه السلام الاسلام يعلو ولا يعلى وكذلك لو ادعيا فالقول للمسلم اذا لم يقر بكفر ابيه لان الظاهر يشهد له لان الدار دار اسلام فيقبل قول

من يدعي حريته واسلامه ولهذا يصلى على الميت بقول الابن ٥ فان اقر بكفره
ثم ادعى انه اسلم فالقول للكافر لانه متمسك بما هو ثابت في الاصل ٥ ولو
قال احدهما كان ابي مسلما وانا ايضا وقال الاخر بلى وانا اسلمت قبل موته
وكذبه الاخر فالميراث للمتفق على اسلامه في حيوة ابيه لانه ظهر سبب
حرمان ارث احدهما وهو الكفر وهو يدعي سبب زوال الحرمان والاخر ينكره
فلا يقبل قول المدعي الا ببينه وكان الارث للمتفق على كونه وارثا وكذلك
الاختلاف في العتق والرق لما بيناه ٥ مسلمة قالت كان زوجي مسلما
وقال اولاده الكفار بل كافرا وللميت اخ مسلم يصدق المراه
فالميراث للاخ والمراه لانها ساوت الولد في دعوى سبب الاستحقاق
لان المراه لا تحجب عن الميراث بالولد فترجح دعواها بالاسلام الا ترى
لو ترك ابنا كافرا وبنتا مسلمة واخا مسلما فقالت البنت مات
ابي مسلما فصدقها الاخ وقال الابن كان ابي كافرا فالقول للبنت لما
قلنا فكذا هذا ٥ ولو لم تكن زوجة ولكن اخ وابن والاخ يدعي الاسلام
دون الابن فالميراث للابن لان الاخ المسلم لا يساوي الابن في سبب استحقاق
الارث لانه لا يرث مع الابن ولا يمكن الترجيح بالاسلام لان الترجيح انما يكون
بعد المساواة في السبب فانفرد الابن بالاستحقاق ٥ بنت واخ فاختلفا فالقول
لمدعي الاسلام وكذلك الاب مع الابن لانهما استويا في سبب استحقاق
الارث اذ كل واحد منهما يرث مع صاحبه فترجح بدعوى الاسلام ٥
ذمي اقام ذميين على دار في يد ذمي انها ميراث له عن ابيه الذمي
واقام مسلم ذميين على انها ميراث له عن ابيه المسلم يقضى للمسلم

لان بينة المسلم حجة على ذي اليد وعلى الذمي المنازع معه وبينة الذمي
ليست بحجة على المسلم فكانت بينة المسلم اولى وكما تصير ذو اليد
مقضيا عليه ببينة المدعيين وكل واحد من المدعيين يصير مقضيا
عليه في النصف من جهة صاحبه لانه لو انفرد كل واحد منهما
يقضى بجميعه فاذا اجتمعا وتزاحما يقضى لكل واحد بنصفه على
ذي اليد وعلى المزاحم معه ولهذا لو اقام احدهما البينة على النصف الذي
قضي لصاحبه لا تسمع ما لم يدع تلقي الملك من جهته وان كان بينة الذمي
مسلمة قضي بينهما لاستوائهما في الحجة ٥ **المنتقى** ولا تقبل شهادة
ذميين على ذمي انه اسلم لانهما يزعمان انه مرتد وشهادة اهل الذمة على المرتد
باطلة ٥ وتقبل شهادة رجل وامراتين من المسلمين على نصراني انه اسلم وهو
يجحد ويجبره الامام على الاسلام ولا يقتله ولا يحبسه لانه لا يقتل ولا يحبس
بشهادة النساء ٥ نصراني مات وله ابنان احدهما مسلم والاخر نصراني
واقام المسلم نصرانيين انه مات مسلما واقام النصراني مسلمين انه مات
نصرانيا يقضى بالارث للمسلم لانهما استويا في الحجة وترجحت بينة المسلم
بالاسلام ويصلى على الميت بقول الابن المسلم انه مات مسلما لا بشهادة
النصرانيين لانها ليست بحجة عليه الا انه لما قضيت بالارث للمسلم لا اجد بدا
من ان اجعله مسلما ٥ ولو شهد نصرانيان على نصراني انه مات مسلما فليس
له ميراث يجب لاحد لم تقبل شهادتهما ولم يحكم باسلامه لانها لا توجب
استحقاق الارث لتثبت اسلامه ضرورة استحقاق الارث للمسلم وليست
بحجة في اثبات الاسلام اصلا ٥ ولو قال الابن المسلم اسلم ابي قبل موته وانا

وارثه وقال النصراني لم يسلم فالقول للنصراني في الميراث لانه متمسك بما هو ثابت
في الاصل بانتفائهما وهو الكفر والاسلام بعد وجود الكفر امر حادث
عارض فالقول لمن تمسك بالاصل كالعبد اذا ادعى الاعتاق او الاستيفاء ويصلى عليه
لقول ابنه المسلم ٥ وكذلك لو كان ابواه ذميان فقالا مات ابننا كافرا
وقال اولاده وهم مسلمون مات مسلما فالقول للولد ولا ميراث لابويه لانهم
استويا في سبب الارث ولم يعرف كفر الميت فترجحت دعوى المسلم بسبب
الاسلام ٥ نصراني مات وترك ابنين نصرانيين فاسلم احدهما ثم جحد كل
واحد نسب صاحبه فقامت بينة نصرانية على ذلك كله ينفذ كله
للمسلم دون النصراني عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ينفذ ويقضى بالمال
بينهما لما عرف ٥ قال ابو يوسف نصراني مات وترك ابنين فاسلم احدهما
بعد موته ثم اقام نصراني بينة نصرانية انه ابنه تقبل بينته على النسب
ويكون شريكا للابن النصراني في الميراث ولا يشارك ابنه المسلم
في نصيبه وكذلك لو ترك ابنا واحدا فاسلم ثم ادعى نصراني
بينة نصرانية انه ابنه يقضى بنسبه ولا يعطى له شيء مما في يد المسلم
فان ظهر للميت مال بعد ذلك ايضا فهو للمسلم ايضا وان مات
المسلم ورث اخاه منه ان كان قد اسلم لان نسبه قد ثبت ولو مات
مولى النصراني الميت ولم يمت الابن المسلم فميراثه بين المسلم والنصراني
بعد ان كان قد اسلم لان هذا امر حدث الساعة ٥

كتاب الرجوع عن الشهادات

يحتاج الى معرفة مشروعية الرجوع عن الشهادة وتفسيره لغة وشريعة
وركنه وشرط جوازه وحكمه شريعة اما مشروعيته فلان الرجوع عن الشهادة
الباطلة رجوع من الباطل الى الحق والرجوع الى الحق خير من التمادي في الباطل واما
تفسيره هو نفي ما اثبته ونفي الاثبات رجوع عن الاثبات واما ركنه
كقوله شهدت بزور لان الرجوع يقوم به واما شرطه فان يكون الرجوع عند
القاضي لان الرجوع عند غير القاضي لا يصح حتى لو اقام المشهود عليه البينة
على رجوع الشاهد اذا انكر لا تقبل وكذا لا يحلف الشاهد انه لم يرجع الا
ان يقول الشاهد عند القاضي انه رجع عند غيره فيجعل هذا منه رجوعا
مبتدا عند القاضي لان الرجوع مع كونه اقرارا على نفسه فسخ للشهادة لانه
بالرجوع يفسخ ما اثبته بالشهادة كفسخ البيع عبارة عن اثبات ضد
ما ثبت بالبيع واذا كان فسخا للشهادة شرط لصحته ما هو شرط لصحة
الشهادة كما في فسخ البيع واما حكمه فوجوب التعزير عليه على
كل حال ووجوب الضمان عليه امرا لانه ارتكب الكبيرة وهو الكذب
في الجانبين ولم يجب به حد فيجب التعزير ووجوب الضمان مع التعزير
بعد القضاء في باب الاموال لما نبين ٥

باب الرجوع عن الشهادة في باب المال

اعلم ان الشاهد بالشهادة
تسبب الى اتلاف المال على المشهود عليه لانه ازاله عن ملكه رقبة
ويدا نقلا وتصرفا فحصل الاتلاف بالشهادة معنى لا بالقضاء لان القاضي
صار مضطرا وملجا في القضاء من جهة الشاهدين فيكون الاتلاف بواسطة
القضاء مضافا الى الشهادة فان ازاله بعوض يعدله فلا ضمان عليه لانه ليس
باتلاف معنى وان كان بعوض لا يعدله لم يضمن بقدر ما يقابله عوض ويضمن

الربا ان الخالية عن العوض ٥ شاهدان رجعا عن شهادتهما ما بين يدي القاضي
قبل القضا لا يقضي ولا يضمنان وبعده يضمنان لان الشهادة لا تنتهض سببا
للاتلاف الا بالقضا لانه لا يتحقق قصر المشهود عليه الا بعد القضا ٥ رجع
الشاهدان عند قاضي اخر يضمنهما لان الرجوع لا يتعلق صحته بقاضي دون
قاضي كالشهادة فان لم يؤدياه حتى رفعا الى الاول وجحدا الرجوع فقا
مت بينة على قضا الاخر بالضمان برجوعهما تقبل ويضمنهما لانها قامت على
اثبات حق وكذلك لو قامت البينة على اقرارهما بالرجوع عند قاضي
اخر وتضمينه اياهما ٥ وان ادعى رجوعهما عند القاضي ولم يدع القضا
بالرجوع والضمان لا تسمع منه البينة ولا يحلف عليه لان الرجوع لا يصح ولا
يصير موجبا للضمان الا باتصال القضا به كالشهادة ولا يصح الرجوع عند
الشرطي كالشهادة ٥ شهدا بعين ثم رجعا ضمنا قيمتها قبضها المشهود له
او لا لان ضمان الرجوع ضمان اتلاف وضمان الاتلاف يتقدر بالمثل ان كان المشهود
به مثليا وبالقيمة ان لم يكن مثليا ٥ وان كان المشهود به دينا فرجع الشهود
قبل قبضه لا يضمنون وبعد قبضه يضمنون لانهما اوجبا عليه دينا في
ذمتهما مثل ذلك ولا يستوفي منهما الا بعد قبض المشهود له تحقيقا
للمعادلة ٥ ولو شهدا انه ابراه عن الدين او اوفاه فقضي به ثم رجعا ضمنا
لانهما ازالا ملكه عن الدين بغير عوض فالضمان وان كان عينا والعين
فوق الدين في المالية الا انه لا يمكن اعتبار المعادلة هنا في وصف العينية
لانا لو اعتبرنا هذا التفاوت ادى الى ابطال حق صاحب الدين اصلا لان الدين
بعد الابرا والايفا لا يصير عينا ابدا فكان ابطال الوصف اهون من ابطال

اصل الحق ٥ ولو شهدا انه اجله سنة فقضي به ثم رجعا قبل الحلول او بعده
ضمنا ورجعا به على المطلوب الى اجله لانهما بالتاجيل فوتا امكان اخذ
الدين بغير حق وانه باق في ما بقي التاجيل فيبقى الضمان ولا يبرا عن الضمان بعود
امكان الاخذ بمضي الاجل ما لم يصل المال الى المالك كالمودع اذا جحد
الوديعة ثم اقر حتى عاد امكان الاخذ لا يبرى عن الضمان ما لم يصل العين
الى المالك حتى لو قبض الطالب الدين بعد مضي الاجل من المطلوب برئ الشاهدان
عن الضمان ورجعا به على المطلوب الى اجله لان ضمان البدل يقبله
الملك في المضمون كما في الغصب ولما ملكا الدين قاما مقام المالك
والمالك لا ياخذ الدين من المطلوب الا بعد حل الاجل فكذلك الشاهدان
فان توي ما على المطلوب فمن مالهما لانه صار ملكا لهما بالضمان فيكون
التوى والتلف عليهما ٥ ولو كان المديون اسقط الاجل لم يضمنا ٥
شهدا بمائة دينار والف درهم وعلى الالف اخران سواهما فرجعوا جميعا
ضمن شهود الدنانير مائة دينار ونصف الالف والفريق الاخر نصفها
لان كل فريق اتلف هذا القدر ٥ رجع الشاهدان في المرض وعليهما دين
الصحة ومال لا يبدا بدين الصحة لان ما وجب عليهما بالرجوع في المرض
دين المرض لانه وجب باقرارهما في المرض ٥ شهد شاهدان ان له على اخر
الف وشهد اخران بانه ابراه ثم رجعا كلف المدعي الالف باقامه البينة
ثانيه وخصمه في ذلك شهود البراءة الذين رجعوا فيضمنهم الالف لان
الشهادة بالبراءة قد بطلت في حق شهود البراءة بالرجوع وامكن القضا
بايجاب الدين في حق الشهود فوجب القضا في الدين وايجابه في حقهم

فيضمنان للمدعي ولا يصح اقامه البينه على الدين الا
بحضره الشهود لان الاستحقاق بهذه البينه على الشهود لا على المدعا
عليه فيشترط حضره الشهود لا حضره المدعا عليه ولا يرجعان على
المشهود له بالبراه لان الشهاده بالبراه قائمه في حقه لان الرجوع في
حقه عن البراه لم يصح **الجامع** اربعه شهدوا على اخر بالزنا
وقضي بها فرجع واحد من مايه واخر عن تلك المايه ومايه اخرى واخر
عن تلك المايتين ومايه اخرى فعلى الراجعين خمسون درهما اثلاثا لان الشهاده
قائمه بقدر ثلثمايه وخمسين لان الباقي لم يشهد الا بمايه والراجع
عن مايه بقي شاهدا بثلثمايه فبقي على ثلثمايه حجه كامله فلا تجب ضمانها
على احد بقي على المايه الرابعه شاهد واحد وهو القائم على الشهاده
بالكل فبقي من يقوم بشهادته نصف الحق وبقي نصفها فظهر ان التالف
برجوعهم نصف المايه فيجب على الراجعين لاستوايهم في ايجابها ٥ فان
رجع الرابع عن الجميع ضمنوا المايه ارباعا وضمنوا سوى الاول خمسين
ايضا اثلاثا لانه بقي على الشهاده من يقوم به مايتان وخمسين لانه بقي
على المايتين شاهدان احدهما الراجع عن مايه والثاني الراجع عن مايتين
وبقي على المايه الرابعه الى تمام ثلثمايه شاهد واحد وهو الراجع عن
مايه فيبقى بشهادته نصف المايه وهو خمسون فظهر ان التالف برجوعهم
مايه وخمسين فيضمنون مايه ارباعا لان كلهم رجعوا عن هذا وضمان
خمسين لا يجب على الراجع الاول لعدم رجوعه عن المايه الثالثه
فيجب على الباقين اثلاثا ٥ **باب الرجوع عن**

الشهاده على العقود **المبسوط** الشهود بالبيع
وقبض الثمن رجعوا ضمنوا قيمه المبيع لا الثمن المذكور لانهما اتلفا
عليه المبيع دون الثمن لان القضا وقع بملك المبيع على البايع لا بملك
الثمن لان الثمن مقبوض لانهما شهدا بقبض الثمن بخلاف ما لو شهدوا
بالبيع ولم يشهدوا بقبض الثمن ثم شهدوا بعد القضا بالبيع انه
قبض الثمن فقضي به ثم رجعا ضمنا الثمن لان الثمن صار مقضيا به وصار
ملكا للبايع على المشتري فمتى شهدا بقبض الثمن ثم رجعا فقد اتلفا
عليه الثمن كما لو شهدا بقبض الدين من الغريم ثم رجعا ضمنا الدين
خاتمه ٥ رجعا عن الشهاده ببيع العبد بعد القضا وقيمه العبد
اكثر من الثمن ضمنا الفضل لانهما ازالا الفضل عن ملكه بغير
عوض ٥ ولو شهدا على استيفا الثمن ينظر ان شهدا بالبيع وايفا
الثمن جمله واحده ضمنا قيمه المبيع وان شهدا بالبيع ثم شهدا
بايفا الثمن ضمنا الثمن والفرق ان في الاول الثمن غير مقضي به
لانه قارن القضا بايجاب الثمن ما يوجب سقوطه وهو القضا
بالايفا فلا يمكن القضا به وانما القضي به المبيع لا غير فيضمنان قيمته
وفي الثاني الثمن صار مقضيا به لانه امكن القضا بايجاب الثمن لانه
لم يقارن القضا ما يوجب سقوطه واذا شهدا باستيفا الثمن
فقد ازالا الثمن عن ملكه بغير عوض فيضمنانه ولم يضمنا قيمه المبيع
لان ازالته حصلت بعوض ٥ شهدا انه باع عبده بالف وقيمته

الفان على البايع بالخيار فيضمن الثلثه ثم رجعا ضمنا فضل القيمه ولو كان
البايع اوجب البيع في الثلث لم يضمنا شيئا والفرق ان الشهاده
بالبيع تسببت الى زوال الملك والاجازه مباشره للزوال لان البيع
بشرط الخيار للبايع لا يوجب زوال الملك وكانت الاجازه شرطا
معملا للعله وكانت بمنزله العله والحكم يضاف الى المباشره لا الى
التسبب وكان الزوال مضافا ومحالا الى فعل البايع قبل انقضا المده
وبعده يكون مضافا الى الشهاده وقد ازالا فضل القيمه عن ملكه بغير
عوض فيضمنانه ولو شهدا ان الدار التي في يد الشفيع ملكه
فقضى له بالشفعه ثم رجعا لم يضمنا لانهما ازالا ملكه بعوض يعدله
لان الاخذ بالشفعه اخذ بعوض ولو كان الاول بنى وامره القاضي
بنقضه يضمنان قيمة بنايه لانهما نقضه لانهما اتلفا البنا بغير عوض
يقابله فيضمنان قيمته والمضمون يملك بالضمان

فصل

شهدا انه وهب عبده من فلان وقبضه ثم رجعا بعد القضا ضمنا قيمته
وحق الرجوع في الموهوب لا يمنع التضمين لانهما ازالا عن ملك الواهب
بغير عوض وقد عجزا عن رد العبد الى الواهب لانهما لا يملكان الاخذ
والانتزاع من الموهوب له فيتحقق الاتلاف معنى وكان للواهب تضمينهما
وان قدر الواهب على اخذ العبد من الموهوب له بالرجوع في الهبه فانه
مذموم ملوم فيه شرعا وعرفا وصار كغاصب الغاصب اذا اقر به
للمالك وانكر الاول كان للمالك تضمين الاول وان قدر المالك على اخذ المغصوب

من الثاني لان الاول صار متلفا لما عجز عن رده فكذا هذا فان
ضمنهما قيمته لا يرجع في هبته لانه وصل اليه العوض من الشاهد وتعويض
الاجنبي في قطع حق الرجوع في الهبه كتعويض الموهوب له لما عرف
في كتاب الهبه ولا يرجع الشاهدان على العبد لانه لما صار ملكا للموهوب
له بالهبه لم يبق ولا بالنقل من ملكه الى ملك غيره الا بتمليكه ولان نفس العبد
لم تفت سالمه خالصه فلا يلحقه غرامه لازمه ولو كان ابيض عينيه
يوم قضى بالهبه ثم رجعا وقد انجلى البياض ضمنا قيمته ابيض منقوضا لانه
تعتبر قيمته يوم القضا معيبا لان الاتلاف حصل يومئذ بتسببهما شهدا
على وكاله بقبض دينه او وديعته من فلان فقبضه وانكر الموكل الوكاله
بعد ما قضى ثم رجعا لم يضمنا لان الشاهد متسبب لتفويت امكان
القبض على الموكل والوكيل مباشر لتفويت امكان القبض لان قيمته
بفوت امكان الاخذ على الموكل من غير ان يتخلل بينهما فعل فاعل
مختار فيكون الضمان على المباشر لا على المسبب كالحافر مع الدافع ادعى
من له الف على اخر انه رهنه بها عبدا قيمته الف والمطلوب مقر بالدين
وشهد شاهدان بالرهن ثم رجعا لم يضمنا لانهما ازالا بعوض لان الرهن
مضمون بالدين استيفاء ولو كان فيه فضل على الدين لم يضمنا ما دام العبد
حيا فان مات في يد المرتهن ضمنا الفضل على الدين لان حال قيام الرهن صار
الامانه عن المضمون في حق الحبس حتى صار الكل محبوسا فصار الفضل تبعا
للمضمون في حق زوال البدل في الحبس ولم يجب الضمان عليهما في المضمون
هذا في الفضل والامانه تبع له وبعد هلاكه لا يبقى الفضل تبعا للمضمون

في حكمه لأن قدر المضمون صار ملكاً للمرتهن بالاستيفاء قبل الهلاك وقدر
الفضل يصير ملكاً له بقدر ان التبعية فزال المانع من وجوب الضمان
فيجب الضمان لأنهما فوتا امكان الأخذ على الراهن ولو ادعى الراهن الرهن
وانكر المرتهن لم يضمنا الفضل لأنهما ازالا يد الراهن عن الفضل برضاه لأنه
رضي بالرهن ويضمنان قدر الدين للمرتهن لأنهما اقرا انهما ابطلا حقه في الدين
بغير عوض لما رجعا عن الرهن والقبض جميعاً فالضمان عليهما انه لم يصل اليه
عوضه وان رجعا عن الرهن دون التسليم فان قالا سلم اليه العبد
وما رهنه لا يضمنان لأن التسليم باذن المالك بغير رهن يكون امانة
وبهلاك الامانة لا يصير مستوفيا للدين فيكون هلاك الدين بغير عوض
الا ان المرتهن لما جحد الامانة صار ضامنا بالجحود فاذا هلك هلك مضمونا
وله عليه مثله فيلتقيان قصاصاً لرجل على آخر الف وفي يد الطالب
ثوب يساوي مائة يدعي انه له فاقام المطلوب شاهدين انه رهنه اياه
بالمال فقضى ثم هلك الثوب يذهب بمائة ثم رجعا ضمنا مائة درهم
للطالب وينبغي ان يضمنان الدين ايضا لانهما بالرجوع عما ان الثوب
كان ملك المرتهن فانهما اسقطا دينه بغير عوض حصل له وبغير
رضاه ولو كان المرتهن يقر انه وديعة المطلوب وقال الراهن
بل هو رهن وفي المسئلة بحالها لم يضمنا لانهما ازالا يد الراهن برضاه
ولا يضمنان للمرتهن دينه لانهما اسقطا دينه بعوض وهو الثوب
الذي كان للراهن لانه عقد الرهن بقضاء القاضي لأن قضاء القاضي
بشهادة الزور في العقود ينفذ ظاهرا وباطنا ومتى ثبت عقد الرهن

فقد هلك الثوب مضمونا بالمائة وله عليه مثله فيلتقيان قصاصاً ركب
بعير الرجل الى مكة يدعي الاجارة بخمسين واقام فعطب وادعى صاحب
البعير الغصب ثم رجعا ضمنا قيمة البعير يوم عطب الا مقدار ما اخذ
صاحبه من الاجر لانهما ازالا يده عن البعير بغير حق وعوضه شهدا
انه اكرى دابته بمائة الى موضع واجر مثلها مائتان وركبها ثم رجعا لم يضمنا
الفضل ان ادعاه المستاجر الاجارة وجحد صاحب الدابة لانهما اتلفا
على صاحب الدابة مجرد المنفعة من غير عقد ولا شبهة عقد وذلك
لا يوجب الضمان وان ادعاه صاحب الابل وجحد المستاجر ضمناله
مما اداه ما فوق اجر البعير لان ما فوق اجر المثل اتلفاه عليه بغير
عوض فضمناه وبقدر اجر المثل اتلفاه بعوض فلم يضمناه ادعى
المضارب نصف الربح فشهدا انه ورب المال مقر بالثلث ثم رجعا
والربح لم يقبض لم يضمناه لان الربح متى كان دينا فقد شهدا على رب
المال بدين المضارب وشاهدا الدين متى رجعا لا يضمنان فان قبضا
واقتسما نصفين ثم رجعا الشاهدان ضمنا سدس الربح لان القول قول رب
المال انه شرط له الثلث لولا شهادتهما لان الربح يستفاد من جهته فهما
بشهادتهما قد اتلفا على رب المال سدس الربح بغير رضاه وبغير عوض
فيضمنانه عند الرجوع فيبطل هذا في كل ربح حصل قبل رجوعهما
فاما ربح حصل بعد رجوعهما فان كان راس المال فكذلك وان
كان نقدا ناضا فرب المال يملك فسخها وكان راضيا باستحقاق الربح
شهدا انهما اشتركا وراس كل واحد منهما الف على ان الربح اثلاث وصاحب
الثلث يدعي النصف وربحا قبل الشهادة واقتسما اثلاثا ثم رجعا ضمنا لصاحب

الثلث ما بين النصفين والثلث وهو السدس لانهما اتلفا هذا القدر عن ملك صاحب
الثلث بغير عوض فانه لولا شهادتهما كان يقسم بينهما نصفين على قدر راس
مالهما وما يحكم بعد الشهادة فلا ضمان عليهما لان الشركة وكالة فاعطى لها
حكم الابتدا والانشا بعد الشهادة فصار كانما انشا عقد الشركة
بعد شهادتهما على هذا الشرط

باب رجوع البعض دون البعض

المبسوط شهد عدد ثم رجع طايفة
نظر الى من بقي فان بقيت شهادة تامة لم يضمن من رجع وان بقيت
شهادة ناقصة ضمن الراجع بقدر ما يلزمه لان شهادة الاسر (?) كافيه
للقضا بالحق الا انه لضرورة المزاحمة لاستوا احوالهم واستقامة
اقوالهم في الحجة اضيفت الى الكل القضية فاذا رجع واحد منهم
فقد زال المزاحمة وظهر ان القضية كانت مضافة الى الشهادة الباقي
من الطايفة ولهذا قيل يعتبر بقا من بقي على الشهادة لا رجوع من
رجع ولا تعتبر البقا بالابتدا فان القاضي لو قضى بشهادة رجلين
ثم رجع واحد ضمن نصف المال ولا يثبت بشهادته وحده شي من
المال لان في الابتدا الحق لم يكن ثابتا فلا تثبت الحجة متكاملة وبعد
ما ثبت فالثبوت ايضا الى الكل فلم يصر كل واحد متلفا بالرجوع الا
بقدر ما اثبته ٥ شهد ثلثة نفر ثم رجع واحد لم يضمن لانه بقي من يقوم
بشهادته جميع الحق فلم يصر الراجع متلفا وانما اضيف الثبوت كله
الى الشهادة الباقين ٥ فان رجع اثنان ضمنا نصف المال لانه بقي من يقوم
بشهادته نصف الحق ٥ ولو شهد رجل وامراتان ثم رجعوا فعلى الرجل
نصف الضمان وعلى المراتين نصفه لانهما شطر الشهادة ونصف الحجة

بمنزلة رجل واحد ٥ فان رجعت امراة فعليها ربع المال لانه بقي من
تقوم بشهادته ثلثة ارباع الحق نصفه بشهادة الرجل وربعه
بشهادة المراة ٥ شهد رجل وعشرة نسوة بمال ثم رجعوا ضمن الرجل
سدس المال والنسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما النصف
لان النسوة وان كثرن يقمن مقام رجل واحد وشهادتهن شطر الشهادة والحجة
له ان كل اثنتين منهن قامتا مقام رجل واحد لقوله تعالى فان لم يكونا
رجلين فرجل وامراتان الا ترى انه يقضي بشهادة رجل وامراتين كما
يقضي بشهادة رجلين وكانه شهد بذلك ستة رجال ٥ رجع
ثمان نسوة لا شي عليهن لما عرف ٥ فان رجعت امراة بعد ذلك كان
عليها وعلى الثمان ربع المال لانه بقي من يقوم بشهادته ثلثة ارباع
المال وهو رجل وامراة ٥ وان رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل
نصف الحق ولا شي على النسوة لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد
بقي من النسا من يثبت بشهادتهما نصف الحق فيجعل اللاتي ثم رجعن كانهن
لم يشهدن ٥ شهد رجلان وامراة ثم رجعوا كان الضمان على الرجلين دون
المراة لان المراة الواحدة لا شهادة لها فيما يطلع عليه الرجال لا بانفرادها (?)
ولا حالة الاختلاط بالرجال لان الاثنتين منهن قامتا مقام رجل بالنص
ولو شهد رجلان وامراتان ثم رجعوا فالضمان عليهم اثلاثا على
المراتين الثلث لان شهادة امراتين حالة الاختلاط بمنزلة شهادة رجل
واحد وكانه شهد ثلثة رجال ثم رجعوا ٥ شهد رجل وثلث
نسوة ثم رجع رجل وامراة ضمن الرجل والمراة نصف المال لانه بقي من

ابي حنيفة وعندهما ضمن الرجل نصف المال ولم تضمن المراة لان شهادة النساء
شطر الحجة حتى لا تقبل الا بانضمام رجل اليهن وكان الثابت بشهادتهن
نصف الحق وقد بقي من يقوم بشهادته نصف الحق فلا شي على الراجعة وله
ان كل ثنتين منهن قامتا مقام رجل واحد بالنص في صورة ذلك
كل امراة قايمة مقام نصف رجل فصار كانه شهد رجلان ونصف
رجل حكما فاذا رجع رجل وامراة فكانه رجع رجل ونصف وبقي رجل
فقد بقي ببقا الرجل نصف الحق والنصف الثاني تلف بشهادة رجل
ونصف رجل فيضمنان اثلاثا فان رجعوا جميعا فعند ابي حنيفة
اخماسا على السوية ثلثه اخماسه وعندهما انصافا على السوية نصفه
لما عرف

باب الرجوع عن الشهادة في النكاح والطلاق المسقط

شهدا بالطلاق قبل الدخول
ثم رجعا ضمنا نصف المهر وبعد الدخول لا يضمنان شيئا خلافا للشافعي لانهما
بالرجوع نعما ان النكاح باق والطلاق غير واقع وقد حبست المراة
عن الزوج بقضا القاضي والمراة متى صارت محبوسة عن الزوج
لا بفعله لا يضمن الزوج المهر لها ولولا شهادتهما بالطلاق والا لكان
لا يجب على الزوج شي من المهر وانما وجب عليه نصف المهر بشهادتهما
والقاضي انما ابطل وقصر يد الزوج عن نصف المهر وسلمه الى المراة بشهادتهما
فيكون الاتلاف مضافا الى شهادتهما فيضمنان باقرارهما بالضمان على نفسهما
ولا يضمنان بعد الدخول لان ملك النكاح لا يضمن بالاتلاف لانه ليس بمال والمهر
وجب عليه بالعقد وتاكد وتقرر بالدخول ولا يسقط عن الزوج بصورة

المراة محبوسة عنه ولا بانتصاف وجوبه ولا تاكده الى الشهادة
شهد رجلان وامراتان بالطلاق قبل الدخول ثم رجع رجل وامراة
فعليهما من المهر اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المراة لان العبرة
في الرجوع ببقا من بقي على الشهادة وقد بقي على الشهادة من يثبت
بشهادته ثلثة ارباع نصف المهر بقي ربع نصف المهر فيكون عليهما
اثلاثا شهد رجلان بالطلاق ورجلان بالدخول ثم رجع شاهدا الطلاق
لا ضمان عليهما لانهما اوجبا نصف المهر وشاهدا الدخول اوجبا جميع المهر
وقد بقي من ثبت بشهادته جميع الحق وهو شاهدا الدخول وان رجع
شاهدا الدخول لا غير يجب عليهما نصف المهر لانه ثبت بشهادة
شاهدي الطلاق نصف المهر فبقي ببقائهما على الشهادة نصف
المهر فيظهر انه تلف بشهادة شاهدي الدخول نصف المهر
وان رجع من كل طائفة واحد لا يجب على شاهدي الطلاق شي ويجب
على شاهد الدخول الربع لانه مع صاحبه اثبت نصف المهر وقد
بقي من يثبت بشهادته نصف ذلك النصف وهو الربع فيجب عليه
الربع جميعا بعد القضا فعلى شاهدي الدخول ثلثة ارباع المهر وعلى شاهدي الدخول
ربعه لان شاهدي الدخول شهدا بجميع المهر وكانا شاهدين بالنصف الذي
شهد به شاهدا الطلاق لا محالة فقد تلف النصف بشهادة الفريقين فينصف
الضمان عليهما والنصف الاخر تفرد به شاهدا الدخول فتفردا بضمانه فان
شهدا على الطلاق واخران على الدخول ولم يفرض لها مهر ثم رجعوا ضمن
شاهدا الطلاق نصف المتعة وشاهدا الدخول نصف المهر الا المتعة

تثبت بشهادة الفريقين فيكون نصفها ثابتا بشهادة شاهدي الطلاق
فيعتبر قدر المتعة ثابتا بشهادة الكل فوجب نصفها على شاهدي
الطلاق والباقي وهو نصف مهر المثل ثبت بشهادة شاهدي
الدخول فيكون عليهما ٥ شهدا انه طلق امرأته ثلثا وآخران انه طلقها
واحدة ولم يكن دخل بها ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلث
لا غير لانه لم يقض بشهادة شهود الواحدة لانه لا يفيد لان حكم الواحدة حرمة
خفيفة وحكم الثلث حرمة غليظة ولا يفيد القضا بالحرمة الخفيفة مع القضا
بالحرمة الغليظة والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد ٥ ولو كان بعد الدخول فلا
ضمان على احد ٥ شهدا على امرأة انها اختلعت من زوجها قبل الدخول
بها على ان ابرأته من المهر وهي تجحد ثم رجعا ضمنا لها نصف المهر لانهما
اوجبا عليها ذلك بغير عوض لان ما دخل في ملكها من منافع البضع
لا يصلح عوضا عن المال لانها غير متقومة عند خروجها عن ملك
الزوج لانه لا حاجة الى اظهار خطر البضع عند زوال الملك عنها
ولو كان دخل بها ضمنا كل المهر لان مهرها بعد الدخول جميع
المهر ومهرها بدل الخلع ٥ شهدا انه تزوج امرأة على الف ومهر
مثلها خمسمائة وشهد آخران انه طلقها قبل الدخول ثم رجعوا ضمن
شهود الطلاق ربع الالف وشهود النكاح ربعها لان شاهدي النكاح
اوجبا على الزوج الفا نصفها بعوض وهو مقدار مهر مثلها ونصفها
بغير عوض وهو ما زاد على مهر مثلها ولو اوجبا العوض لا يضمنانه وما
اوجبا بغير عوض يضمنانه الا انه سقط نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول

وما سقط شائع في النصفين فبقي عليهما ربع الالف واما شاهدا
الطلاق فلان نصف الالف سقط بالطلاق ونصف الاخر نصفه ضمنه
شاهدي التزويج ولا يضمنانه فبقي نصف النصف فيضمنانه لانهما
اكدا هذا القدر على الزوج بعد وجود سبب السقوط ٥ ولو
شهدا آخران انه بالدخول والزمه القاضي ثم رجعوا فعلى شاهدي
النكاح خمسمائة الفضل عن مهر المثل وعلى شاهدي الدخول ثلثة
ارباع الخمسمائة الاخرى وعلى شاهدي الطلاق ربعها لان شاهدي
النكاح تفردا بايجاب نصف الالف بغير عوض لان المسمى يجب بالتسمية
والتسمية ثابتة بشهادة شاهدي النكاح الا ان الدخول شرط وكان
شاهدي الدخول صاحب شرط وشاهدا النكاح صاحب علة والضمان
يجب على صاحب العلة كشهود اليمين مع شهود الشرط فبقي خمسمائة
نصفها تفردا بايجابه شاهدا الدخول فيفردان بضمانه والنصف
الاخر ثبت بشهادة الفريقين فيكون ضمانه عليهما نصفين ٥

باب الرجوع عن الشهادة في النكاح والصلح عن النفقة والمتعة المبسوط

شهدا بالنكاح ثم رجعا فان كانت المرأة مدعية والزوج جاحد لا ضمان
للزوج عليهما الا اذا كان مهر مثلها اقل من المسمى فانهما يضمنان
الفضل لانهما اوجبا المهر على الزوج بعوض يعدله وهو البضع
لان منافع البضع جعلناها متقومة صالحة للعوض عن المال
حال ورود العقد عليها اظهارا لخطر الابضاع المحترمة واعظاما

واكراما للادميه ولهذا يجوز للاب ان يزوج ابنه الصغير بمهر مثلها والا
لا يملك ان الله مال الصغير بلا عوض يعدله ويماثله الا ان الزيادة على مهر المثل
خلت عن العوض فقد اتلفا شيئا متقوما بغير عوض فيضمنانه ٥ وان كان
الزوج مدعيا والمراه منكرة للنكاح ثم رجعا لم يضمنا للمراه شيئا
لانهما بالشهادة ان املكاها عن البضع بعوض يعادله وهو مهر المثل
شهدا انه طلق امراته بائنا وفرق بينهما القاضي ثم تزوجها احد
الشاهدين ثم رجع عن شهادته لا يفرق بينه وبين المراه عند ابي حنيفه
وابي يوسف اولا وقال آخرا وهو قول محمد يفرق ولا يبطل الطلاق
الاول ولو شهدا ببيع جاريه ثم رجعا حل للمشتري وطيها عند
ابي حنيفه خلافا لهما بناء على ان القضا بالفرقه بشهادة الزور
ينفذ باطنا عنده خلافا لهما ولو شهدا بقذف الزوج امراته
وفرق بينهما باللعان ثم رجعا لم يحل للزوج ان يطاها ابدا لما عرف
شهدا انه تزوج امراة على مائة درهم والزوج مقر وقالت المراه
بل على الف وهي مهر مثلها وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لها تسعمائه
وان طلقها قبل الدخول لا يضمنان شيئا عندهما وقال ابو يوسف
لا يضمنان في كل حال فهي فرع ما اذا اختلف الزوجان في مقدار المسمى
فالقول قول من يشهد له مهر المثل عندهما وهنا مهر المثل يشهد للمراه
فيكون القول قولها ان مهرها الف فكان المستحق لها على الزوج الف
فهما بشهادتهما ابطلا عليها تسعمائه بغير عوض فيضمنانها لها
بالرجوع وعند ابي يوسف القول قول الزوج في الاحوال كلها فيكون المسمى

للمراه مائة درهم فهما بشهادتهما لم يبطلا عليها شيئا وعلى روايه
الجامع قبل الدخول لها الاكثر من المتعه ومن نصف ما اقر به الزوج
فان كانت المتعه اكثر من خمسين يضمنان الفضل الى تمام المتعه
لانهما اتلفا ذلك القدر عليها ٥ شهد شاهدان انه تزوج هذه
المراه على الف وهو مهر مثلها وقال الزوج لغير تسميه فقضي ثم طلقها
ثم رجعا فعليهما فضل ما بين المتعه الى خمسمائه لان في زعمهما انه لولا شهادتنا
بالتسميه لكان الزوج يتخلص بالمتعه والفضل على المتعه انما وجب بشهادتنا
بغير عوض فيضمنانه ٥ شهد آخران على الدخول ثم رجعا فعلى شاهدي
الدخول خمسمائه خاصه لانه لولا شهادتهما لكان يبرا الزوج عن خمسمائه
مما اوجبا عليه بالطلاق قبل الدخول فلما بقي خمسمائه اخرى بشهادتهما
بالدخول فيكون ضمانها عليهما خاصه وعليهما وعلى شاهدي التسميه
فضل ما بين المتعه والخمسمائه نصفان لان خمسمائه اخرى وجبت على الزوج
بشهادة الفريقين لولا شهادتهما لكان يتخلص عنها بالطلاق قبل
الدخول بالمتعه ٥ ولو شهد آخران على الطلاق فقضي ثم رجعوا فعلى
شاهدي الدخول خمسمائه لانه تفرد بها شاهدا الدخول فتفردا بضمانها
وعليهما وشاهدي التسميه فضل ما بين المتعه الى نصف المهر لانه
لولا شهادتهم لتخلص الزوج بالمتعه والفضل على المتعه وجب
بشهادتهم وعلى الفرق الثلاثه قدر المتعه اثلاثا لان قدر المتعه
وجب بشهادة الكل لان شاهدي الدخول شاهدان بالف فيكون شاهدان
بقدر المتعه لا محاله وشاهدا التسميه اوجبا عليه خمسمائه فيكون

فيكون من جنس المتعة وشاهدا الطلاق اوجبا قدر المتعة لانهما
زعما ان الفرقة جاءت قبل الدخول بها لا من جهة الزوج لولا شهادتهما
والتخلص الزوج عنها بغير شيء وهذا مما تسقط المتعة
واما وجبت المتعة بشهادتهما شهود الطلاق قبل الدخول
اذا رجعوا بعد موت الزوج ضمنا لورثته نصف المهر لانهم قد ابرؤوا من مقام المورث
ولا ميراث للمراة ادعت الطلاق او لا او في الورثة انه طلقها او لا وهذا
قول ابي حنيفة يرث ولا يضمن الشاهدان ميراثها وهذا بناء على ان قضاء القاضي
بالطلاق بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا عنده خلافا لهما ولو شهدا
بذلك بعد موت الزوج وادعى ذلك الورثة فقضي لها بنصف المهر ثم رجعا
ضمنا للمراة نصف المهر والميراث **فصل** ولو شهدا ان المراة
صالحت زوجها من نفقتها كل شهر على عشرة والزوج يدعي على خمسة والمراة
تدعي عشرة وقضي ثم رجعا فان كانت نفقة مثلها عشرة او اكثر لا ضمان
عليهما وان كانت اقل ضمنا الفضل لانهما اتفقا على الصلح واختلفا
في بدل الصلح فيجعل القول قول من يشهد له نفقة المثل كما في المهر عندهما
فهاهنا نفقة مثلها كل شهر عشرة فيكون القول قولها وكان المستحق لها عشرة
فلم يتلفا عليها شيئا وان كان نفقة مثلها اقل فقد اتلفا على الزوج الفضل
لان المستحق عليه قدر نفقة المثل ولا يمكنه رد هذا الصلح فيما مضى فيضمنا
ولكنه فسخ الصلح فيما يستقبل بان يردها الى نفقة مثلها فلا يضمنان
فيما يستقبل ولو قضى القاضي للمراة النفقة والمتعة ثم شهدا بالاستيفاء
وقضي ثم رجعا ضمنا للمراة لان النفقة تصير دينا بالقضاء او بالرضا فصار

نفقة ما مضى دينا مستحقا لها على الزوج فهما اتلفا ذلك بغير عوض
فيضمنانه وكذلك في نفقة الاقارب **فصل** في نفقة الاقارب
شهود لها لا تصير دينا بقضاء القاضي فما اتلفا شيئا وقيل
انها شاولة وتاويلها ان القاضي فرض له وامره بالاستدانة عليه حتى يرجع
بما استدان على المقضي عليه بالنفقة وقد استدان وصار دينا له على
المقضي عليه فقد شهدا عليه باستيفاء دين مستحق له على المقضي عليه
فضمنا بالرجوع ولو تزوج امراة بلا مهر وطلقها قبل الدخول فشهدا
انه صالحها من المتعة على عبد وقبضته وهي بكر ثم رجعا لا يضمنان العبد بل
المتعة وان كان مهر مثلها عشرة ضمنا له خمسة دراهم لان القاضي
لم يقض لها بالعبد لان القضاء بالعبد لها مع قبض العبد لا يفيد فقد اتلفا
بشهادتهما على المراة المتعة لا العبد بخلاف ما لو شهدا انه صالحه
من المتعة على عبد وقضي لها بالعبد ثم شهدا بقبض العبد ثم رجعا ضمنا
قيمة العبد لانه حين ما قضى بالعبد لم يتم الشهادة على قبض العبد
فيفيد القضاء بالعبد لها وصار حقها في العبد فضمنا قيمته بالرجوع

باب الرجوع عن الشهادة في العتق والكتابة

والتدبير شهدا باعتاق ثم رجعا ضمنا قيمة العبد
لانهما اتلفا العبد على المولى بغير عوض لانهما تسببا لاثبات العتق
ولو شهدا انه دبر عبده فقضي ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير
لانه بالتدبير فات بعض المنافع من حيث التجارة بالاخراج عن ملكه فانتقص
ملكه فضمنا نقصانه بتقويمهما وتعرفه قدر نقصانه ياتي في كتاب الجنايات

فان مات المولى والعبد يخرج من ثلثه عتق وضمن الشاهدان قيمته مدبرا لانهما
ازالا عن ملك الورثة بغير عوض لان التدبير انعقد سببا للحرية للحال
وتاجلت الحرية الى ما بعد الموت فكان العتق مضافا اليه فصارا متلفين
له بالعتق فيضمنان قيمته مدبرا الا انهما ضمنا ما نقصه التدبير مرة ه
فان لم يكن له مال غير العبد عتق ثلثه وسعى في ثلثيه وضمن الشاهدان ثلث القيمة
اذا عجل العبد الثلثين لانهما ازالا هذا القدر عن ملكه بغير عوض ولم
يرجعا به على العبد لان قيمة هذا الثلث لم يكن دينا للورثة على العبد حتى
اذا ادى الشاهد بدله يملكه بالضمان وان عجز العبد من قيمة الثلثين
يرجع به الورثة على الشاهدين ويرجع الشاهدان بذلك على العبد عند
ابي يوسف ومحمد لانهما ازالا هذا القدر عن ملك الورثة بعوض مؤجل
فيعتبر بما لو شهدا ببيع عبده بثمن مؤجل ثم رجعا ضمنا الثمن للبايع ثم
يرجعان به على المشتري لانهما اديا هذا الدين الى المشهود له فيملكان بدله
وهو الدين وكذا هذا شهدا انه كاتب عبده على الف الى سنة
فقضي به ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما ازالا اليد المتصرفة المنقلبة
للمولى عن العبد حتى عجز عن الانتفاع والارتفاق بملكه فكان اتلافا
معنى فينتهض سببا للضمان كما في الغصب بخلاف التدبير لانهما
بالتدبير ما ازالا ملك المولى رقبة ولا يدا ولا انتفاعا وارتفاقا
وانما فوتا بعض المنافع وهو انسداد باب البيع والاجارة لا غير فضمنا
نقصانه ه ويستسعيانه بالكتابة على نجومها لان المكاتب لا يقبل
النقل من ملك الى ملك فيقومان مقام المالك في حق ملك بدل الرقبة

وهو بدل الكتابة فاذا الضمان كمن غصب مدبرا فقتل في يده فادى
ضمانه له ان يرجع بالقيمة على القاتل لانه باداء الضمان قام مقام المالك
في ملك البدل فكذا هذا ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه
اليهما فاذا اداه عتق والولاء للذي كاتبه لانهما لم يملكا رقبته فحصل
العتق على ملك المولى كالمكاتب اذا ادى بدل الكتابة الى وارث
المولى عتق والولاء للذي كاتبه فكذا هذا فان عجز ورد في الرق كان
لمولاه لان الرقبة بقيت على ملكه فاذا انفسخت الكتابة بالعجز
بقيت على ملكه ورد ما اخذ من الشهود عليهم لان بانفساخ
الكتابة ارتفع سبب الضمان وهو زوال يد المولى فزال الضمان كالعبد
المغصوب اذا عاد من الاباق فانه يرد المولى ما اخذ من القيمة
فكذا هذا شهدا انه كاتب عبده على الف الى سنة وقيمته
خمسمائة ثم رجعا تخير المولى بين تضمين الشاهدين وبين اتباع العبد
بالكتابة الى اجله لانه تحقق من كل واحد سبب الضمان من
الشاهدين ازالة اليد المتصرفة للمولى عن العبد بالكتابة ومن
العبد الكتابة المذكورة برضا العبد وهي سبب لاتباعه ببدل
الكتابة فان اختار المولى ضمان الشاهدين وقبض منهما القيمة لم يعتق
المكاتب حتى يؤدي الفا الى الشاهدين لانهما باداء الضمان يقومان
مقام المولى في بدل الرقبة ويتصدقان بالفضل لانه ربح استفاده
بكسب خبيث وهو شهادة الزور كما في الغصب فهذا عندهما وعند
ابي يوسف يطيب له لما عرف ه فان تقاضى المولى المكاتب وهو

وهو يعلم برجوع الشاهدين او لا يعلم وهو رضا بالكتابة ولا يضمن الشاهدان
لانه لا ينتوي الضمانان على محل واحد فاذا اختار المولى بدل الكتابة فقد
ابرا الشاهدين عن الضمان ضرورة لان من ضرورة اختيار احدهما اسقاط
الاخر كما في غاصب الغاصب الا اذا كانت الكتابة اقل من القيمة
فله ان ياخذ المكاتبة ويرجع على الشاهدين بفضل القيمة لانهما
اتلفا هذا القدر عن ملك المولى بغير رضاه واختيار اتباع المكاتب ليس
باجازة للكتابة لان الكتابة نافذة لازمة بقضاء القاضي واجازة النافذ
لغو ضايع ولو صرح بالاجازة لا يبرا الشاهد عن ضمان الزيادة لانها
غير عاملة بل هي لغو ضايعة فالاجازة بالدلالة اولى ان لا
يكون عاملة مبرية ○ ولو شهدا انه باع بالف الى سنة والمسألة بحالها
فكذلك الجواب في جميع تفاصيلها ○ ادعى العبد ان مولاه كاتبه
على الف وانها قيمته وقال المولى كاتبته على الفين واقام البينة
وقضى بها ثم رجع الشهود ضمنوا الف درهم للمكاتب لانهما
اوجبا على المكاتب زيادة الف بغير عوض حصل له ○ وان
كان المكاتب ينكر المكاتبة وادعى المولى على الفين لا يقبل
بينته عليه ويقال للمكاتب ان شئت فامض على الكتابة او دع لان
القضا بالكتابة مع جحود العبد لا يفيد لان المكاتب يملك فسخ الكتا[بة]
بان يعجز نفسه ومتى فسخ الكتابة ارتفع العقد ولا يفيد القضا بالكتا[بة]
مع جحوده فلم يقض بها ولكنه يخير على هذه الرواية لان الجحود [illegible]

١٨٠

الفسخ لم يجعل فسخا بل تخييرا وتفويضا وعلى رواية الاصل لا يخير لانه
اعتبر جحوده فسخا فانفسخت الكتابة بجحوده ○ ولو شهدا
انه عبد فلان واعتقه على مال ثم رجعا لم يضمنا له شيئا
لان بدل العتق ما وجب بالشهادة وانما وجب بايجاب المولى
وقبول العبد والمولى مختار في هذا الايجاب غير مضطر فيه
من جهة الشاهد فلا يكون وجوب هذا المال مضافا الى شهادتهما
شهدا انه اعتق عبده على خمسمائة وقيمته الف فقضى ثم رجعا ان
شا ضمن الشاهدين الالف ورجعا على العبد بخمسمائة وولا العبد
للمولى لانهما بشهادتهما اتلفا على المولى قيمة العبد وهي الف خمسمائة
بغير عوض وخمسمائة بعوض مؤجل وهو السعاية فصار كما لو شهدا
ببيع عبده بثمن مؤجل فرجعا ضمنا الثمن للبائع ثم رجعا به على المشتري
وكذا في هذا ○ شهدا انه اعتق عبده عام اول في رمضان وقضى
القاضي بعتقه ثم رجعا ضمنا قيمة العبد يوم اعتقه القاضي وحكمه
في جناياته وجراحاته فيما بين رمضان الى ان اعتقه القاضي حكم
حر لان القاضي اثبت حريته من رمضان بالبينة والثابت
بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا انه اعتقه في
رمضان كان حرا في رمضان فكذا هذا وفي حق ايجاب الضمان يعتبر
حرا يوم القضا لان التلف حصل يوم القضا لان المنع والحيلولة بين
المولى وعبده حصل يوم القضا ○ شهدا انه طلق امرأته عام اول
في رمضان قبل الدخول بها وقضى به والزمه نصف المهر ثم رجعا ضمنا

ثم شهد آخران انه طلقها عام اول في شوال قبل الدخول بها لم يقبل ولم ينتفع به
الاولان لانها صارت مبانة بالطلاق الاول قبل الدخول فلا يتصور طلاقها
بعد ذلك وكانت الشهادة الاخيرة باطلة وبقي الضمان على الفريق الاول بحاله
ولو اقر الزوج بذلك رد على الشاهدين ما ضمنا وكذلك اقرار المولى
بالعتق فيكمل هذا عندهما اما عند ابي حنيفة بناء على نفاذ القضاء باطنا
فمتى نفذ القضاء في رمضان باطنا عنده لم يصح اقراره بالطلاق وبالعتق
في شوال من هذا العام بقي التلف مضافا الى شهادتهما لا الى اقراره وعندهما
لما لم ينفذ القضاء باطنا بقي النكاح والرق الى شوال باطنا فصح اقراره في
شوال وكان التلف مضافا الى اقراره لا الى الشهادة ولو شهدا انه حلف بعتقه
ان دخل الدار وشهد آخران انه دخل ثم رجعوا ضمن شهود اليمين لان العتق
مضاف الى ايجاب الحرية وهو قوله انت حر لا الى الشرط وهو الدخول
ولو شهدا بالتدبير وآخران بالعتق ورجعوا فالضمان على شهود العتق
لان القضاء بالتدبير مع العتق لا يفيد لان حكم التدبير بقاء الرق الى وقت
الموت ولا يبقى الرق مع العتق البات المنجز ولا يقضى بالتدبير
فان قضى بشهادة التدبير ثم شهد آخران بالعتق البات فقضي به
ثم رجعوا ضمن شهود التدبير ما نقصه التدبير وشهود العتق
قيمته مدبرا لان القضاء بالتدبير نفذ حكمه لانه ليس حال القضاء بها
بالتدبير شهادة قائمة بالعتق فامكن القضاء بالتدبير وقد اتلفنا وادخلا
نقصانا فيه فضمنا نقصانه وشاهدا العتق ازالا المدبر عن ملكه بغير
عوض فيضمنان قيمته مدبرا

باب الرجوع عن الشهادة في الولاء والنسب والميراث

ادعى انه ابن فلان
والاب ينكر فاقام البينة فقضى ثم رجعوا لا ضمان عليهم لانهم شهدوا
بالنسب والنسب ليس بمال ولا يجوز تضمينه بالمال وكذلك
لو اقام البينة ان هذا مولاه اعتقه وهو يقول انا حر الاصل
ثم رجعوا وكذلك لو مات مورثه ثم رجعوا ايضا ولو شهدوا انه
ابن هذا القتيل لا وارث غيره والقاتل يقر بالقتل عمدا فقضي بالقصاص
وقتله الابن ثم رجعوا فلا ضمان عليهم في القصاص لانه ليس بمال
ويضمنون ما ورثه هذا الابن من القتيل لورثته المعروفين وعليهم التعزير
لان الشهادة بالنسب بعد موت المورث وقعت على استحقاق المال
وهو الميراث مقصودا وعلى اثبات النسب تبعا لان النسب
غير مقصود بالدعوى ولهذا لا يصح دعوى النسب بعد
الموت بدون دعوى الميراث في غير الاب والجد واما في حال
حياة المورث النسب مقصود بالدعوى والشهادة لان النسب
لا ينتهض سببا لاستحقاق المال في الحال ولهذا يصح دعوته بدون
دعوى الميراث شهدا لرجل مسلم ان اباه مات مسلما وعرف كافرا
وللميت ابن آخر كافر ثم رجعوا ضمنوا الميراث للكافر الوارث لانهما
شهدا بالنسب وباسلام الاب بعد الموت وكان المقصود
هو استحقاق الميراث لا النسب والاسلام ولو ادعى رجل نسب
زوجته واقام البينة وقضي به وفرق بينهما ثم رجع الشهود
لا يصح رجوعهما ولم يضمنا شيئا ولا بطاها الزوج لانهما لم يتلفا

ما ابنهما بشهادتهما الا زمانيتهما فقد اتلفا بالاعتاق من المولى فضل
شهادتهما وانما اثبتا النسب عليهما للمدعي واتلفا ملك النكاح
على الزوج والنسب والنكاح ليسا بمال وقد قضى القاضي بالحرمة
بينهما فلا يغرمان كما لو شهدا عليه بالطلاق بعد الدخول لا يغرمان فكذلك
هذا ٥ ميتة في يد رجل ادعى انها امته فشهدا انه اقر انها ابنته فقضى
القاضي به ثم رجعا ضمنا قيمتها لان مالية الامة انما تلفت بشهادتهما
بغير عوض فان ماتت عن مال كان له اخذه لانه كسب امته او كسب
ابنته يملكه بالارث او بملك اليمين ٥ عبد صغير وامة في يد
رجل فشهد شاهدان انه اقر انه ابنه وشهد اخران انه اعتق هذه
الامة وتزوجها على الف وهو يجحد ذلك كله فقضى ثم مات عن ابنين اخرين
فقضى للمراة بالمهر وقسم الميراث ثم رجعوا فشهود الابن يضمنون
قيمته للورثة الا نصيب الابن منها ويضمن شهود الامة قيمتها الا ميراث
الامة منها ولا يضمنون غير ذلك الا ان يكون المهر اكثر من مهر
مثلها فيضمنون الفضل الا ميراثها منه لان القضا بالنكاح
وبالنسب بشهادة الزور ينفذ باطنا عند ابي حنيفه فيثبت
النكاح والنسب فصار قيمتهما ميراثا لهما فيرفع حصتهما
من قيمتهما عن الشهود لانهما يصدقانهم في الشهادة ويكذبانهم
في الرجوع ونفس القضا ما يبقيا على حاله في حقهما والشهادة بالنكاح
وجدت حالة الحيوة وذلك لا يوجب استحقاق الميراث في الحال فلا يكون
استحقاق الميراث مضافا الى شهادتهم حتى لو شهدوا بذلك بعد الموت

يضمنون جميع القيمة للورثة ٥ مات عن عبدين وامة ومال والمسئلة
على قسمين احدهما لو شهد شاهدان ان فلانا اخوه ووارثه لا وارث
له غيره فقضى له بالمال والعبدين والامة ثم شهد اخران ان احد العبدين
بعينه ابن للميت واعطي له الميراث كله ثم شهد اخران ان العبد
الثاني ابن الميت فقضى به ايضا فقسم المال بينهما نصفين ثم
شهد اخران ان الميت اعتق هذه الامة وتزوجها في صحته فقضى
به وجعلت وارثه ثم رجع شاهدا الابن الاول ضمنا قيمته
بين الابن الاخر والمراة اثمانا وكذلك لو لم يرجعا ورجع شاهدا
الابن الثاني ضمنا قيمته بين الابن الاول والمراة اثمانا ويضمنان
ميراثه تاما لاخيه دون المراة لانهما اتلفا قيمته لاخيه
وللمراة واتلفا ميراثه لاخيه لا للمراة لان حقها ثمن جميع
المال وقد استوفت ثمنها من جميع المال وانما صارا
متلفين للميراث لان الشهادة بالنسب بعد الموت شهادة
باستحقاق الميراث مقصودا ولو لم يرجعوا ورجع شاهدا
المراة ضمنا قيمتها وميراثها بين الابنين لانهما بالرجوع
زعما انهما اتلفا الامة وميراثها على الابنين وقد صدقهما
الابنان في ذلك وهذا اذا كذب بعضهم بعضا واما اذا
صدق بعضهم بعضا في كونه وارثا لا يضمنان لاحد شيئا لانه يكذبهم
في الرجوع والمقر له من كذب المقر في اقراره لم يلزمه شيء ٥

واما القسم الثاني لو شهد على ذلك كله شاهدان ينظر ان شهدا
على كله معا فيما لو رجعا عن الشهادات كلها كان الضمان عليهما
كذلك وسواء رجعا معا او متفرقا لان اصل الشهادة كان مختلفا
بعضهم قبل بعض فيما كان الشهود فرق مختلفة لان كل واحد منهم
صار مشهودا به ومشهودا عليه ولهذا لو [illegible] هذه الشهادة
بتكذيبهم وان شهدا على ذلك كله معا وبعضهم يكذب لو
رجعا ضمنا من الميراث من المال وقيمتها الابن نصفين لان الفرق المختلفة
بمنزلة الواحدة فيما بين الابنين والمراة لان كل واحد منهم مشهود
به ومشهود عليه ويكذب المشهود عليه الشهود لا يبطل الشهادة
ويضمنان من قيمة كل ابن لحاجة سبعة اشهر من ثمانية والثمن للمراة
وكذلك لو رجعا عن الشهادة معا فيما رجل لجاريتان لكل واحدة
ولد ولدته في ملكه فشهد شاهدان على احد الولدين انه ادعاه
وهو يتكلم واخران على الاخر مثله نفي بالبنوة وامية الولد لهما ثم رجعا
فلا يخلوا اما ان كانت الشهادة والرجوع حال حيوة الولد والشهادة
حال حيوته والرجوع بعد وفاته او كلاهما بعد وفاته فان كان
كلاهما حال حيوته ضمن كل شاهد قيمة الولد الذي شهد به ونقصان
قيمة امه ام الولد لانه اتلفه على المشهود عليه ملكه في الولد المشهود
به ومكن نقصانا في امه بسبب الاستيلاد فاذا غرما واستهلكه
الاب ثم مات وله وارث له غيرهما وكل واحد من الابنين [illegible]

ضمن كل شاهدين للولد الاخر نصف قيمة ام الولد الذي شهد به لانهما
اتلفا على الميت ملكه فيها لانها عتقت بعد موته بسبب شهادته
فما ان اضامنين قيمتهما للميت الا انهما ضمنا نقصان الاستيلاد للميت
وادياه اليه ولا يضمنان مرة اخرى وانما يضمنان الباقي والباقي في ام الولد
ويرجع شاهدا كل ولد في ميراثه الذي ورثه بجميع ما اخذ منهم
الولد في حيوته لان كل ولد يزعم انهما صادقان في الشهادة وما اخذ
الاب منهما اخذه بغير حق وصار ذلك دينا على ابي الولد الاخر بكذبه
في ذلك واحد الوارثين اذا اقر بدين على الميت ويكذبه الاخر وانه
يستوفي ذلك من نصيبه خاصة والشاهد بالرجوع وان كان يكذبه
فيما اقر للشاهد والاقرار يبطل بتكذيب المقر له الا ان الاقرار بالمال هاهنا
ما ثبت مقصودا وانما ثبت ضمنا للنسب والنسب لا يبطل بالتكذيب
وكذلك ما ثبت ضمنا له وصار كمن قال اشتريت هذا العبد من
فلان ويكذبه البائع كان للبائع ان يصدقه بعد ذلك ويأخذ
الثمن لان الشراء ثم لا يبطل بتكذيب البائع فكذلك الاقرار
بالثمن ضمناله وان كانت الشهادة حال حيوة الولد
والرجوع بعد وفاته ضمن كل شاهد من لم يشهد له نصف قيمة
الولد المشهود به ونصف قيمة عين ام الولد ولم يضمنوا الميراث لانهما
لم يضمنا نقصان الاستيلاد للولد لعدم رجوعهما حال حيوته
وان كان كلاهما بعد موته وله اخ لاب وام ضمن كل فريق للذي لم يشهدوا
له لانهما قد فات بعد موت المولى لان الشهادة بالنسب بعد الموت شهادة

على استحقاق المال فاضيف التلف الى شهادتهما فضمنا الميراث ايضا
ولم يضمنوا للاخ شيئا لان المقر به صار مستحقا بشهادة غيرهما بقضا
القاضي فصار الشاهد مكذبا شرعا بالقضا والاقرار اذا اتصل به تكذيب
القاضي يبطل وكذلك لو كان الشهود شاهدين شهدا بذلك كله
والولدان صغيران ثم كبر الولدان فصدق كل واحد فيما شهد له
به وكذبهما في الشهادة لاخيه ثم رجعا فالحكم كما اذا ثبت
نسب كل واحد بشهادة شاهدين لان الفريق وان كان متحدا
فالشهادة مختلفة بصيرورة كل واحد منهما مشهودا
عليه ٥ ولو كان الولدان كبيرين فشهدا ان المولى قال في كلمة
هذان ابناي من هاتين الجاريتين وادعى ذلك الولدان وقضى بذلك ثم
رجعا فان كانت الشهادة والرجوع حال حيوة الوالد ضمنا
للوالد قيمة الولدين ونقصان قيمة الامتين لانهما ازالا ملكه في الولدين
ومكنا نقصانا في الجاريتين بسبب الاستيلاد ٥ فان اخذ ذلك
منهما ثم مات الوالد ولا وارث له غيرهما اخذ امر تركته
جميع ما ضمنا لان الولدين زعما انهما كانا صادقين في
الشهادة كاذبين في الرجوع وما اخذه الاب اخذه بغير حق وصار
ذلك دينا في تركته ولم يضمنا للولدين شيئا لان كل واحد صدق صاحبه
في انه ابن الميت لانهما ادعيا ان الاب ادعاهما بكلمة واحدة
وبني صدق كل واحد صاحبه في ذلك فقد كذب الشاهدين
فيما اقر لهما من الضمان فبطل اقرارهما ٥ ولو شهدا حال حيوته

للوالد صح

ورجعا بعد موته لم يضمنا لانهما بالرجوع يقران لكل واحد من
الولدين بقيمة صاحبه الا ان كل واحد منهما يكذبهما فبطل
اقرارهما ولو شهدا ورجعا بعد موته عن اخ هو وارثه ضمنا
للاخ قيمة الولدين والامتين والميراث كله لما بينا **المنتقى**
ذكر عيسى بن ابان في نوادره رجل مات وترك اخاه لابيه لا
يعلم له وارث غيره فادعى رجل انه اخوه لابيه وامه واقام
شاهدين انه اخوه لابيه وشاهدين اخرين انه اخوه لامه فقضى
القاضي بانه اخ لاب وام فاعطاه جميع الميراث ثم رجع
الشهود كلهم ضمن شاهدي اخ لاب ثلثي الميراث والاخران
ثلثه لانه استحق بشهادة الاولين نصف الميراث فهو عليهما
واستحق بشهادة الاخرين سدس الميراث فهو عليهما والثلث
الباقي استحق بشهادة الفريقين جميعا فهو عليهما نصفان لاستوائهما
في الاتلاف ٥ ولو شهد شاهدان انه اخ لاب فقضى القاضي
فاعطاه نصف المال ثم شهد اخران انه اخ لام فقضى به واعطاه
النصف الباقي ثم رجعوا عن شهادتهم ضمن كل فريق نصف
المال لانه لما اتصل القضا بشهادته فقد اتلف خاصة ما
شهد به ٥ ولو شهد شاهدان انه اخ لام فقضى به واخذ
سدس المال ثم شهد اخران انه اخ لاب فقضى به واخذ باقي المال
او شهدوا معا وقضى بشهادتهم معا فلما رجعوا ضمن كل فريق
ما قضى بشهادتهم اولا وكذلك الوصية على هذا المثال ٥ رجل مات

وترك اخا حرا مسلما وترك ابنا مملوكا ذميا فادعى الابن
انه قد كان اسلم واعتق قبل موت ابيه واقام شاهدين على العتق
وشاهدين اخرين على الاسلام فقضى القاضي بذلك معا وجعل الميراث
له ثم رجع الشهود جميعا فالضمان على الفريقين نصفان ولو اقام
شاهدي العتق اولا ثم اقام شاهدي الاسلام ثم رجعوا فالضمان كله على
شاهدي الاسلام لان استحقاق الميراث ثبت بشهادتهما خاصة ○
رجل مات وترك اخوين لام واخا لاب وادعى رجل انه اخوه لابيه وامه
وشهد له شاهدان انه اخ لاب وشاهدان انه اخ لام واخذ الثلثين
من الاخ لاب ثم رجعوا ضمن شاهدا انه اخ لاب ثلثة ارباع ما اخذه
والاخران ربعه لانه استحق بشهادة الاولين نصف ما اخذه
واستحق النصف الاخر بشهادة الفريقين ○ ولو ترك اخا لاب
واخا لام ثم ادعى رجل انه اخوه لابيه وامه واقام البينة
كما وصفنا واخذ خمسة اسداس الميراث من الاخ لاب
ثم رجع الشهود ضمن شاهدي انه اخ لاب ثلثة اسداس
المأخوذ وربع سدسه وضمن الاخرين سدسه وثلثة ارباع
سدسه والباقي عليهما لانه استحق بشهادة الاولين نصف
المال فهو عليهما وذلك سدسان ونصف واستحق بشهادة
الاخرين سدس المال وهو عليهما نصف سدس ونصف سدس استحقه
بشهادة الفريقين فهو عليهما **الجامع** اصله ان المشهود له
متى كان مستحقا بشهادة غيره لم يضمن الشاهد الراجع لان التلف

لا ينضاف الى شهادته واذا لم يكن مستحقا بشهادة غيره
يضمن المشهود به لان تلفه ايضا الى شهادته ○ رجل مات
عن وديعة الف عند رجل مقر لها اقام رجل شاهدين انه
عمه لابيه وامه لا يعلمان له وارثا غيره فقضي به له ثم اقام
اخر البينة انه اخ الميت لابيه وامه فانه يقضي به ويسترد المال
من العم ويدفع اليه لان هذه البينة قامت على الخصم وهو العم لان
المال في يده وهو يزعم انه له ويمكن كونه اخا فينتصب خصما
فان اقام اخر البينة انه ابن الميت لا يعلمان له وارثا غيره ويرده الاخ
على الابن فان رجعوا جميعا ضمن شهود الابن للاخ ولا يضمن
شهود الاخ للعم لان شاهدي الابن بشهادتهما ازالا ملك
الاخ لان زوال ملك الاخ غير مستحق عليه بشهادة غيرهما
فكان مضافا الى شهادتهما لا غير وزوال ملك العم مستحق
بشهادة شاهدي الابن وشاهدي الاخ وكان ملكه
زائلا بشهادة اربعة نفر وقد بقي اثنان على الشهادة
لان رجوع غيرهم يعمل في حق الغير لا في حقهما فصار
كانهما قائمين على الشهادة في حق شاهدي العم فلم يصر التلف
مضافا الى شهادتهما وشهود العم لا يضمنان للمودع وان ازالا يده
لان زوال يد المودع مستحق بشهادة شاهدي الاخ والابن فانه لولا
شهادتهما العم لاستحق زوال اليد بشهادة الاخ والابن فكانت يده

المودع دابته بشهادة ستة نفر وافد بقي اربعة على الشهادة وكذلك
لو جاؤوا جميعا وشهدوا وحمله قبل بيع ان لا يقضي بشهادة العم
والاخ لانه ليس خصم ووارث مع الابن قلنا انما يصير محجوبا
بالابن بعد القضا بالنسب للابن واما قبل القضا فيصح دعواهما
النسب والوراثة واقامتهما البينة

باب الرجوع عن الشهادة على الوصية المبسوط

ادعى رجل ان فلانا الميت اوصى له بالثلث من كل شيء واقام
البينة فقضي ثم رجعوا ضمنوا جميع الثلث لانهم ازالوا الثلث عن
ملك الورثة وكذلك لو شهدوا انه اوصى له بالثلث في حيوة
الميت فلم يختصموا حتى مات قيل له الموصى له لا يملك ابطال الوصية
على الموصى في حيوته ولا على الوارث لانه ليس خصم قلنا الشهادة انما
تصير موجبة عند القضا واذا وجد القضا بعد الموت فكانهما شهدا
شهدا ابتدا بالوصية بعد الموت وكانت مسموعة لانها قامت
على خصم وهو الورثة قيل له ان الموصى يملك فسخ الوصية وهو
جاحد للوصية والجحود ممن يملك الفسخ يكون فسخا قلنا في جحود
الموصى هل يكون فسخا روايتان في رواية الوصايا يكون فسخا وفي
رواية الجامع لا يكون فسخا وكانت المسألة مبنية على رواية الجامع
شهدوا للعبد موته انه اوصى بعتق الجارية لفلان وتخرج من ثلثه فقضي له
بها فوطيها فولدت منه او من غيره ثم رجعوا ضمنوا قيمتها يوم

١٨٨

قضي بها ولا يضمنون العقر ولا قيمة الولد لان العقر انما يجب
بدلا عن استيفا منافع البضع وهي ملحقة بالاجزاء وقد حصلت في
ضمان القيمة كسائر اجزائها واما الولد فلم يوجد منهما
ازالة الملك والبدفيه باتلاف الامر انما سعيا جلوته في يده فلم
يضمن كما في الغصب وان اختلف الشاهدان والورثة في قيمتها
ينظر ان كانت الجارية ميتة فالقول قول الشاهد لان الورثة
يدعون عليه زيادة ضمان وهو ينكر وان كانت قائمة فانه
يحكم الحال فالقول قول من يشهد له الحال فان كانت قيمتها الفان
فالقول للورثة وان كانت الفا فللشاهد لان القيمة قائمة للحال
ولم يوجد ما يسقطهما فالظاهر دوامها وبقاؤها على ما كانت والحال
قد يدل على الماضي كالاجير والمستاجر اذا اختلفا في جريان الماء وانقطاعه
ولو اقام الورثة البينة او الشاهدان اقاما البينة يوخذ بها لان
تحكيم الحال لا عبرة به متى قامت البينة بخلافه الجامع
مات عن ثلثه الاف وابن فشهد رجلان ان الميت اوصى لهذا الرجل
بثلث ماله واخران لاخر بمثله واخران لثالث بمثله والابن جاحد والموصى
لهم بعضهم يجحد بعضا فقضى القاضي بالثلث بينهم ثم رجعوا لا يضمنوا
للابن شيئا فرق بين هذا وبين رجل في يده عبد فشهد شاهدان
بانه ملك هذا وقضي له ثم شهدا اخران بمثله على المقضي عليه فقضي
ثم شهد اخران بمثله على الثالث فقضي به ثم رجعوا ضمن كل فريق
لكل واحد يدعي للمشهود عليه قيمة العبد والفرق في الاول

الا ان ما مقضيا عليه بشهادة كل فريق لان كل واحد يدعي تلقي الملك
من جهة الميت فصار الميت مقضيا عليه والوارث يدعي تلقي الملك من
جهة الميت فصار مقضيا عليه ايضا وكل فريق يقول للوارث الثلث
ما ازيل عن ملكك بشهادتنا الا عتق واحد وانما ازيل بشهادتهم كل الفرق فانا لو
لم نشهد اصلا لا يكون الثلث زائلا عن ملكك فلم يصر التلف مضافا الى شهادة
كل فريق وضمن كل فريق للباقي من ثلث الثلث بينهما نصفان لانهما ازالا عن
ملكه ذلك القدر وفي الثانية كل واحد صار مقضيا عليه بشهادة
الفريق الواحد لان القضا بملك من يشكل على انسان يكون مقصورا عليه ويستحق
الملك على كل واحد منهم بانفراده لاحتمال تجدد الملك واستينافه
في حق كل واحد بانفراده فيكون زوال الملك مضافا الى شهادة كل
فريق فيتعدد التلف والاتلاف فيتعدد الضمان وان مات وترك عبدين
قيمة كل واحد الف وثلث ماله الف فشهد شاهدان انه اوصى لهذا
الرجل بهذا العبد وقضي به وشهد آخران انه اوصى بهذا العبد
لآخر والقاضي يرد نصف العبد الاول الى الورثة وقضى بنصف
العبد الآخر للثاني فان رجع الشهود لم يضمنوا الوارث شيئا لان
شاهدي الاول ان اخرجا العبد الاول اولا عن ملك الوارث والفريق
الثاني بشهادتهما اعادا العبد الى يد الوارث فبرئ الاولان عن الضمان
كالمغصوب اذا وصل الى يد المالك من جهة غير الغاصب يبرئ
عن الضمان وشاهدي الثاني ان اخرجا العبد الثاني عن ملك الوارث
فقد ادخلا العبد الاول في ملكه لان الوصية لا تزيد على الثلث

فكان الاخراج مشروطا بالادخال فكان اتلافا بعوض يعادله
ويضمن كل فريق للموصى له الآخر نصف عبده لانه اتلف عليه
نصف عبده بغير عوض ولو خرج العبدان من الثلث ضمن الفريق
الثاني قيمة العبد الاول للموصى له الاول وضمنا قيمة العبد الثاني
للوارث ايضا لانهما اتلفا بغير عوض ولو كان الثلث الفا وخمسمائة
وقيمة كل عبد الف ضمنوا للموصى له الاول قيمة العبد الاول كاملة
ويضمنون للورثة نصف قيمة العبد الثاني لان النصف من العبد الاول
لا يصلح عوضا عن الثاني لانهما تقلدا على اخراج نصف العبد الثاني
من ملك الوارث من غير ادخال شيء من العبد الاول في ملكه لان
ذلك يخرج من ثلث ماله والنصف الآخر يصلح عوضا لانهما لا
يقدران على اخراجه عن ملك الوارث الا بادخال نصف العبد
الاول في ملكه فقد اتلفا نصفه بغير عوض ونصفه بعوض
ولو كان الثلث الفان وقيمة العبد الاول الف وقيمة الثاني الفان ضمن
الآخران للموصى له قيمة عبده ويضمنان للوارث نصف عبده لان النصف
الثاني يخرج من ثلث ماله لان ثلث ماله الفان ونصفه لا يخرج فكان نصفه
عوضا ونصفه لا فقد اتلفا العبد الثاني نصفه بعوض ونصفه بغير عوض
عبد في يد رجل شهد شاهدان انه وهبه لرجل وسلمه اليه وشهد آخران
بتمليكه لآخر فقضى بينهما ثم رجعوا ضمنوا للواهب قيمة العبد كل فريق
نصفها ولا يضمنان للموهوب له بخلاف الموصى له لان الوصية بعد الموت
صحيحة فيكون العبد زائلا عن ملك الوارث بشهادة كل فريق فلكل فريق

ان يدفع الضمان عن نفسه فبقول العبد زال عن ملكه بشهادة
الفريق الثاني لا بشهادتنا فاما الهبة بعد الهبة فغير صحيحة لانه
يكون العبد زائلا عن ملكه بشهادة كل فريق بلا عوض زائلا بشهادة الكل
مات وترك عبدا قيمته الف لا مال له غيره واوصى بعتقه
فشهد شاهدان من ورثته لرجل على الميت بدين خمسمائة لم
تقبل وان شهدا بدين الف تقبل لان الدين متى لم يستغرق قيمة العبد
يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما لانهما يثبتان حق البيع لانفسهما
لانه متى ثبت الدين يباع العبد بالدين وقبل ثبوته لا يباع لانه
ثبت حق العتق للعبد بقدر الثلث وفي البيع منفعة لهما لانه متى
بيع العبد بالدين بطلت الوصية فاذا قضي للغريم خمسمائة يبقى لهما خمسمائة
ومتى استغرق الدين قيمة العبد لا يسلم لهما من ثمنه شيء فلم يجرا بشهادتهما
مغنما فلم يكونا فيهما متهمين ٥ ولو كان العبد وصية لرجل والمسألة
بحالها قبلت في الحالين لان حق البيع كان ثابتا لهما قبل شهادتهما فانه
كان لهما ان يبيعاه بدينهما ومتى قبلت شهادتهما ينتقل حق البيع ويتحول
الى القاضي فيجران الى انفسهما مغرما لا مغنما ٥ ولو شهدا بالوصية
بالثلث لواحد فقضي له به وشهد آخران انه رجع عن هذه الوصية
واوصى بالثلث لهذا فقضي به واسترد من الاول ثم شهد آخران
انه رجع عن هذه الوصية واوصى بالثلث لهذا فقضي به واسترد من الاوسط
ثم رجعوا جميعا ضمن الآخران للاوسط كل الثلث وضمن الاوسطان
للاول نصف الثلث ولا يضمن الاولان شيئا لان الآخرين اتلفا على الاوسط

جميع الثلث بغير عوض لانه لولا شهادتهما للاصغر والا تسلم جميع الثلث
للاوسط والاوسطان اتلفا على الاول نصف الثلث بغير عوض لانه لولا
شهادتهما للاوسط والا كان الثلث للاكبر والاصغر نصفان لان بينة
الاصغر اثبتت الوصية له ولم يثبت رجوع الموصي عن وصية الاكبر وبينة
الاكبر لم تشهد على الاوسط والاصغر بشيء وانما شهدت على الوارث
ولم يضمنا للوارث لما قلنا

فصل

اصله ان الوصيتين متى
كانتا تخرجان من الثلث لا تكون الاولى عوضا عن الثانية لانهما يقدران
على اخراج العبد وان لم يزل عن ملك الوارث من غير ادخال العبد الاول
في ملكه فلم يكن الاخراج مشروطا بالادخال فكان اتلافا متعريا عن
العوض فانتهض موجبا للضمان ومتى كانت الثانية لا تخرج من
الثلث كان العبد الاول عوضا عن الثاني لانهما لا يقدران على اخراج الثاني
عن ملك الوارث الا بادخال الاول في ملكه وكان الاخراج مشروطا
بالادخال غير منفك في الحال فكان الاول عوضا عن الثاني
فكان اتلافا بعوض وان كان بعض الثاني يخرج من الثلث دون البعض
بقدر ما يخرج لا يصلح عوضا وبقدر ما لا يخرج يصلح عوضا ٥ رجل مات
عن ثلثة اعبد قيمتهم سواء فشهد شاهدان انه اوصى لهذا العبد بعتقه
فقضي له ثم شهد آخران بالرجوع عنه وبالوصية لهذا العبد الآخر
فقضي له ثم شهد آخران انه اوصى لهذا العبد الثالث بالثلث ورجع عن الثاني
فقضي به ثم رجعوا فلا ضمان على شهود الاول لاحد ويضمن شهود الثاني

نصف قيمة العبد الأول ويضمن شهود الثالث للثاني قيمة عبده ولا ضمان
للوارث على أحد منهم والأولى شيئا ولو شهدوا جملة بما ذكرنا
وعدلوا جملة قضى بالثالث لأنه ثبت الرجوع عن الوصية الأولى
والوسطى بالبينة العادلة قبل القضاء لهما فاستحق الثالث الثلث
جملة ٥ فإن رجعوا بعد ذلك ضمن شهود الثالث للوارث لأنهما
أتلفا عليه الثلث بغير عوض ولا شيء على شهود الأول والثاني
لأنه لم يتصل القضاء بشهادتهم فلم تظهر شهادتهم مثبتة فلم تظهر
متلفة فإن أراد الأول تضمين شهود الثالث بقيام البينة عليهم
بالوصية فيضمنهم ثم ترجع الشهود على الورثة وإن أراد الأول
تضمين شهود الثاني بقيام بينة على الوصية فقضى له عليهما بنصف
قيمة العبد الأول ٥ رجل أوصى بثلث ماله لرجل ودفع إليه فشهد
شاهدان أنه رجع عن وصيته له فقضى بالثلث للوارث ودفع إليه ثم
مرة للورثة ومرة للموصى له الأول بخلاف ما لو شهدا بالرجوع والوصية
للثاني معا والمسألة بحالها ضمنا ثلثا واحدا للموصى له والفرق أن
في الأولى أتلفا الثلث مرتين مرة على الموصى له الأول لأنهما أقرا أن
الوصية الأولى كان حقا وأن الثلث كان للموصى له الأول ومرة
للوارث لأنهما لما شهدا بالرجوع عن الوصية الأولى وقضى القاضي
بشهادتهما فقد نقلا الثلث من ملك الموصى له الأول إلى ملك الوارث
فلما شهدا بالوصية للثاني أتلفا الثلث على الوارث وفي

الثانية القضاء بالرجوع والوصية وجد معا فلا يمكن للقاضي أن
يقضي بعود الثلث إلى ملك الوارث مع قيام ما يمنع القضاء بالملك
له وهو قيام البينة على الوصية للثاني ٥ ولو شهدا بالرجوع عن
الأولى والوصية للثاني معا وقضى ثم رجعا عن وصية الثاني
فالقاضي يسألهما عن شهادتهما عن الرجوع أهما ثابتان عليها
أم لا فإن ثبتا على شهادتهما بالرجوع ضمنا الثلث للوارث لأنهما
زعما أن الثلث للوارث فهما بشهادتهما للثاني أتلفا الثلث على
الوارث فإن رجعا بعد ذلك عن الرجوع ضمنا ثلثا آخر للموصى
له الأول لأنهما رجعا عن شهادتهما بالرجوع بعد ما ضمنهما
القاضي للورثة فقد أقرا بالضمان على نفسهما للموصى له الأول
وعلى الوارث ثبوت ولاية الاسترداد لما دفعا من الثلث
إليه فيصدقان على نفسهما ولا يصدقان على غيرهما ٥ وإن لم يثبتا
على الشهادة بالرجوع ضمنا الثلث للموصى له الأول ولا يضمنان
للوارث شيئا وإن لم يخبرا أمر الشهادة بالرجوع لم يجبرهما على
البيان لأن البيان غير مستحق عليهما لأنه لا حق لغيره قبلهما
وقضى للوارث عليهما بالثلث لأنهما أتلفا عليه ذلك بالشهادة
بالوصية للثاني ٥ مات وترك عبدين كل واحد يساوي ألفا
وثلث ماله ألف فشهد شاهدان أنه أوصى بهذا العبد لهذا
وشهد آخران أنه رجع عن وصيته الأولى وأوصى بهذا العبد الآخر
ثم رجعوا فلا ضمان على الشهود للورثة لأنه عاد عين هذا العبد

الى ملك الورثة فيبرى عن الضمان ويضمن شهود الثاني للاول قيمة العبد لانهما اخرجا العبد الاول عن ملكه بغير عوض فان كان الثلث مثل قيمة العبدين والمسئلة بحالها ضمن الاخران للوارث قيمة عبد شهدوا به لانهما ازالا العبد الثاني عن ملك الورثة بغير عوض لان الوصيتين جميعا تخرجان من الثلث فلم يكن اخراج الثاني مشروطا بادخال الاول كيلا يصلح العبد الاول عوضا عن الثاني وضمن شهود الثاني للاول قيمة العبد وان كان يبلغ الفا وخمسمائة والمسئلة بحالها ضمنوا للموصى له الاول قيمة عبده كاملة لما بينا ويضمنون نصف قيمة العبد الاخر لانهما ازالا العبد الاخر عن ملك الورثة لكن نصفه بعوض ونصفه بغير عوض لان النصف من العبد الاول يصلح عوضا عن الثاني لانهما لا يقدران على اخراج كل العبد الثاني من ملك الورثة الا بادخال نصف العبد الاول في ملكهم لان الوصية لا تخرج الا من جميع احدهما ونصف الاخر ولو كان الثلث الفين والعبد الاول يساوي الفا والثاني الفين والمسئلة بحالها ضمن الاخران للموصى له الاول قيمة عبده ويضمنان للوارث قيمة نصف عبده لانهما اتلفا نصفه بغير عوض لان العبد الاول كله صار عوضا عن نصف العبد الاخر فكان هذا اتلافا لنصف العبد الثاني بعوض ونصفه بغير عوض ٥

باب الرجوع عن الشهادة على الشهادة المبسوط

واذا شهد شاهدان على شهادة اربعة وشاهدان على شهادة شاهدين آخرين فقضى به ثم رجعوا فعلى شاهدي

الاربعة ثلثا الضمان وعلى الاخرين الثلث عند ابي يوسف وقال محمد على الفريقين نصفان لان الفروع بدل عن الاصول وحال البدل لا يجوز ان يزيد على حال الاصل ولو كان هذان الفريقان اصليين ثم رجعا مع الاخرين كان الضمان نصفين وكذلك هنا لابي يوسف ان التلف مضاف الى الفروع لان الشهادة صدرت منهم عن اختيار والاصل في الفعل الصادر عن فاعل مختار ان يقتصر عليه ولا يتعدى ولا يستند الى غيره الا في حالة الاجبار وكان الفروع مباشرين للتلف والضرر فوجب قسمة الضمان على عددهم والفروع ستة في الحكم والاعتبار لان الثابت بشهادة اثنين على شهادة اربعة حكما فيجب الضمان اثلاثا ٥ ولو شهد اربعة على شهادة شاهدين ضمنوا النصف ٥ شهد الفريقان فقضى ثم رجع الاصلان والفريقان فالضمان على الفريقين عندهما وقال محمد ان شاء ضمن الاولين وان شاء ضمن الاخرين ولو رجعا الاولين دون الاخرين لم يضمنا عندهما وقال محمد هما ضامنان فان قال لم يشهد الاخرين لم يضمنا لمحمد انه تعدى من كل واحد بسبب التلف من الفروع هو اداء الشهادة حقيقة ومن الاصول هو نقل الفروع شهادة الاصول فان نقل شهادة الاصول بسبب اشهاد الاصول واداء الفروع وهم مضطرون ملجاون من جهة الاصول في الاداء بعد الاشهاد فانهم لو امتنعوا من الاداء اثموا فاعتبر الاداء احالة ومضافا الى الاصول حكما لهما ان سبب التلف

نقل شهادة الأصل والأصول متسببين لهذا النقل والفروع مباشرين له لأنه تخلل بين
نقل شهادة الأصول وبين أداء الفروع فعل فاعل مختار وهو أداء الفروع الشهادة
منهم عن اختيار لا عن اضطرار ونحو الحاكم لا يسلب الاختيار ولا يصير آلة في
النقل للأصل لأن الإنسان لا يصير آلة للغير في التكلم لأنه لا يمكنه أن يتكلم
بلسان غيره فبقي فعل الفروع مقصورا عليهم والمسبب مع المباشر
إذا اجتمعا فالضمان على المباشر كالدافع مع الحافر ۞ ولو رجع الأصول
دون الفروع لم يضمنوا لأنه بقي من يقوم بشهادته جميع الحق وهو شهادة
الفروع **الجامع** شهد على شهادة شاهدين لرجل على آخر بألف
وشهد آخران على شهادة واحد عليه بألف فقضي بشهادتهم ثم رجع أحد
اللذين شهدا على شهادة الشاهدين وأحد اللذين شهدا على شهادة الواحد
فعليهما ثلثة أثمان الحق ثمنان على الأول وثمن على الآخر لأن الأولين أثبتا
كل المال لأنهما قاما مقام شاهدين الأصلين والآخران أثبتا نصف المال
لأنهما قاما مقام شاهد واحد فبقي ببقاء أحد الأولين على الشهادة
نصف المال وببقاء أحد الآخرين ربع المال إلا أن هذا الربع شائع في
النصفين في النصف الباقي والنصف الساقط لأن النصف الثابت
بشهادة الآخرين شائع في الكل فيكون كل ربع اثنته أحدهما شائع
في النصفين أيضا فصار الثمن منه داخلا في النصف الباقي والباقي
نصف المال وثمنه وذلك خمسة أثمان المال فظهر أن التالف برجوعهما
ثلثة أثمان المال فيكون على الراجعين أثلاثا لأن الثابت بشهادة أحد

ضعف الثابت بشهادة أحد الآخرين فيكون عليه مثلي ما على
أحد الآخرين ۞ ولو لم يرجع إلا واحد من الفريق الأول ضمن الربع
لأنه بقي ببقاء أحد الأولين نصف المال وبقي ببقاء الآخرين نصف
المال إلا أن هذا النصف شائع في الكل في النصف الباقي والساقط
وكان الربع داخلا في النصف الباقي والربع الساقط وكان الباقي
ثلثة أرباع المال فيضمن الراجع ربعه ۞ ولو رجع بعد هذا الفريق
الآخر كلهم ضمنا ربعا آخر لأن التالف برجوعهم نصف المال وكان
على الراجعين نصف المال نصفه على الأول المنفرد ونصفه على الآخرين
لأن أحد الأولين أثبت بشهادته مثل ما أثبته الآخران بشهادتهما
ولو شهد كل فريق على شهادة شاهدين ورجع واحد من هذا وواحد
من ذلك ضمنا ثمنين ونصفا وذكر في المبسوط النصف وهذا
جواب القياس والمذكور في الجامع جواب الاستحسان وجه القياس
أن المال ثبت بشهادة الأربع فإذا رجع واحد من كل فريق بقي ببقاء القائمين
الثابتين على الشهادة نصف الحق لأنه بقي شطر الحجة وكان الذاهب
والتالف برجوعهما نصف الحق وجه الاستحسان أنه لو رجع
ثلثة وبقي واحد بقي ببقائه نصف الحق لأنه شهد على شهادة اثنين
وكان شطر الحجة فمع هذا النصف بقي النصف الآخر بشهادة
القائم الآخر وشهادة الراجعين وكان الثابت بشهادة القائم نصف هذا
النصف وهو ربع الكل لأنه شهد على شهادة اثنين والشهادة على شهادة

اثنين شطر الحجة لانه لو انضم اليها مثلها وجب القضا ... بها والشهادة
على شهادة الواحد لو انضم اليها مثلها لا يجب القضا ولو شهد بشهادتهم
لنفسه تثبت نصف هذا النصف واذا شهد على شهادة واحد ثبت ربع
هذا النصف فربع هذا النصف ثبت بشهادته بيقين والزيادة على الربع
ثبت بشهادته في حال دون حال فتنتصف فصار الثابت بشهادة
هذا القائم ربع هذا النصف ونصف ربعه وذلك ثمن ونصف ثمن الكل
فنضم ذلك الى النصف المعزول فظهر ان القائم بشهادة الثابتين
خمسة اثمان المال ونصف ثمنه والتالف برجوع الراجعين ثمان ونصف
ثمنه

باب الرجوع عن الشهادة في القصاص

المبسوط شهدا بالقصاص ثم رجعا بعد القتل والقطع ضمنا الدية
نفسا او دية ما دونها في ثلث سنين في النفس وفي سنتين فيما دونها
لانهما تسببا لاتلاف نفس معصومة متقومة لانهما اسقطا عصمة
المحل واوجبا اهدار الدم بواسطة اتصال القضا بشهادتهما ولو
رجعوا قبل القتل لم يضمنوا لان الاتلاف لم يتحقق واصله انه متى ظهر
كذب الشاهد في المشهود به يضمن لانه ظهر ان المشهود به عن ملكه
بغير عوض والاتلاف بغير عوض هو موجب الضمان وانما يظهر كذبه
بيقين بان جا المشهود بقتله حيا او بما يقوم مقام اليقين كالبينة العادلة
او رجوعه عن الشهادة ... ولو شهدا على رجل انه قتل وليه هذا
خطا وقبض كل الدية ثم جا المشهود بقتله حيا فان شا

العاقلة رجعوا على الولي بالدية وان شاوا على الشهود لانه متعدي من كل
واحد منهما الاتلاف من المولى حقيقة وعيانا وهو قبض مال الغير بغير
حق ومن الشاهد تسببا وحكما وهو الحامل القاضي الى القضا بان المال عن
ملك المقضي عليه وانه اتلاف معنى واعتبارا كما لو اكره رجلا على ان يهب
ماله فوهبه وهلك في يد القابض كان للمكره الخيار ان شا ضمن القابض
وان شا ضمن المكره فكذا هذا فان ضمنوا الشهود رجعوا على المولى بالضمان
لانه هلك المضمون في يد الولي فصار كالغاصب الاول وان ضمنوا الولي لم
يرجع على احد لانه تسلم للولي بدل ما هو ملكه بنو عليه عن ... فصار بمنزلة
غاصب الغاصب ه ولو شهدا بقتل وليه عمدا فقتل المشهود عليه
ثم جا المشهود بقتله حيا فورثة المقتول بالخيار ان شاوا اخذوا الدية
من الولي لانه قتله بغير حق وقد سقط عنه القصاص للشبهة فيلزمه
الدية وان شاوا اخذوها من الشهود لانهم ان لو املكوا المشهود عليه
عن نفسه وابطلوا حق دمه ولا يرجع الشهود على الولي عند ابي حنيفة
وعندهما يرجعون لهما ان الولي بالقتل اكد على الشاهد ضمانا على
شرف السقوط والزوال لانه متى ظهر المشهود بقتله حيا ظهر انه
كان بالشهادة ابطل حق دمه واهدر عصمة نفسه وكان متلفا
لدمه فاستند الضمان اليه والولي بالقتل اكده على الشاهد فانه
لو لم يقتله لا يجب الضمان على الشاهد وله انه لا يجوز ان يرجع على
الولي باعتبار انه يملك المضمون لان المضمون دم وانه لا يملك بالضمان لانه
ليس بمال ولا يجوز ان يرجع باعتبار انه اكد عليه ضمانا لانه حين قتل

الولي لم يكن الضمان واجبا على الشاهد لانه انما يضمن اذا ظهر المشهود
بقتله حيا وحين قتل الولي كانت الشهادة قائمة غير منفسخة
منتقضة فلم يكن الولي بقتله موكدا مقررا للضمان على الشاهد ٥
فلو شهدوا على اقرار القاتل بالقتل في المسئلة بحالها فلا ضمان على الشهود
لان كذب الشهود لم يظهر اذ ليس من ضرورة حيوته عدم الاقرار
من القاتل وكذلك لو كانوا شهود فروع ٥ ولو شهدوا بنكاح
امراة بالف وقضي به ثم تبين ان الرجل ابوها من الرضاعة ردت المراة
المهر ولا ضمان على الشهود لانه لم يظهر كذبهما لجواز ان النكاح قد
كان وانما جا التقصير من القاضي حيث لم يفحص عن حال الزوج
وكذلك لو تبين ان الشاهدين عبدين فلا ضمان عليهما ٥ وكذلك لو
شهدا على امراة انها اختلعت من زوجها بالف وقضي به ودفعت
الالف ثم اقامت بينة انه طلقها ثلثا قبل شهادتهما فلا ضمان عليهما
وكذلك لو شهدا على رجل ان فلانا اقرضه الف درهم ثم اقام المدعا عليه
البينة انه ابراه ضمن الشاهدين لانه ظهر كذبهما بالشهادة بالبراة
لان ضرورة البراة قبل الشهادة ان لا يكون عليه قرض وقت الشهادة
فصار كمجي المشهود بقتله حيا بخلاف الفصل الاول لانه ليس من ضرورة
البراة قبل الشهادة ان لا يكون القرض حقا له فاذا ضمنا رجعا على المدعي
لانه ظهر ان المدعي اخذ ما هو مملوك لهم ولو شهدوا في الماضي لا يضمنان

باب الرجوع عن الشهادة على العفو والصلح عن دم العمد المبسوط ٥

شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا لم يضمنا وعند الشافعي يضمنان الدية
والصحيح قولنا ان القصاص ليس بمال لان المال غير الادمي خلق لمصالح
الادمي والادمي اذا ضرب عليه الرق والعبودية جزاء على كفره واتلاف ما ليس
بمال لا يجوز ان يضمن بالمال لما فيه اجحاف لا انصاف ٥ شهدا على العفو
عن دم فيه مال او جرح عمد فيه مال ثم رجعا ضمنا الدية وارش
الجراحة في ثلث سنين او سنة لانهما بشهادتهما اتلفا مالا وهو الدية
والارش موجلا فيضمنان كذلك ٥ شهدا انه صالحه من دم عمد على
الف ثم رجعا لم يضمنا انهما كان المنكر للصلح في قيل اذا كان
القاتل منكرا يجب ان يضمنا له الالف لانهما اوجبا عليه القصاص بغير
عوض لان القصاص لم يسلم للقاتل بشهادتهما بل كان سالما له قبل شهادتهما
باقرار الطالب بالعفو كشاهدي الخلع على المراة اذا رجعا ضمنا للمراة
بدل الخلع والجواب عنه ان القاتل متى انكر الصلح اصلا فمن زعمه
ان القصاص انما سلم له بشهادتهما فانه زعم ان القصاص لم يكن سالما له
لان العفو والصلح لم يكن صادرا من الطالب وانما سلم له بقضا القاضي
والقضا وجب بشهادتهما فصار القصاص سالما بشهادتهما في زعم
القاتل فصار عوضا عما اوجبا عليه بخلاف الخلع لان المراة بعد ارتفاع
ملك النكاح استفادت ملك منفعة البضع بملك الرقبة لا بالشهادة
فاما القاتل نفسه صارت مملوكة للطالب في حق الاستيفاء وبالصلح تملكها
من جهة الطالب فصلح عوضا عن المال ٥ ولو شهدا انه صالحه على
عشرين الف والقاتل يجحد فقضي ثم رجعا ضمنا الفضل على الدية لانه

عجز البائع عن العوض. قال الطالب على ألف وقال الخصم بل على خمسمائة
فالقول للمدعى عليه مع يمينه لأنه منكر للزيادة فإن أقام الطالب بينة
على ألف فقضي ثم رجعا ضمنا الخمسمائة الواجبة بشهادتهما لأن التالف
بشهادتهما هذا القدر.

باب الرجوع عن الشهادة في القتل بعد قطع طرف القاتل للجامع

أصله أن استيفاء القصاص وإمضاءه ملحق بالقضاء
حتى إن كل عارض يمنع القضاء يمنع الاستيفاء والإمضاء لأن ملك
القصاص ملك ضروري يثبت مع قيام المنافي وهو الحرية لأنها
منافية دافعة للاستيلاء على الغير وملكه لكونها منبئة عن
الصفاء والخلوص ولا يتحقق الصفاء والخلوص إلا بانتفاء ملك الغير وسلطنته
عنه فلا يظهر ملك القصاص إلا عند الاستيفاء استيفاء للنفوس
المحترمة صونا وللدماء المحقونة. ثلاثة شهدوا بالقتل عمدا فقضي
للولي بالقود فقطع يده ثم رجع واحد منهم فالقود على حاله لأن
رجوع الواحد من الثلاث قبل القضاء لا يمنع القضاء فلا يمنع الإمضاء بعد
القضاء. فإن قتله الولي ثم رجع آخر فلا ضمان على الولي لأن رجوع الشاهد
لا يعمل في حق المشهود له وهو الولي ويضمن الراجع الأول ربع دية اليد في
ماله ثلثا ذلك في السنة الأولى وثلثها في السنة الثانية لأنه بقي من
يقوم بشهادته نصف حق اليد وإنما تلف بشهادة الراجعين نصفها فيكون
على كل واحد منهما ربع دية اليد ويجب في ماله لأنه يجب باعترافه
وتلف النفس مضاف إلى شهادة الباقين لأنه حين قتل كان راجعا عن شهادته

ولا يغرم من دية النفس شيئا ويضمن الراجع الثاني نصف دية النفس في
ماله في ثلاث سنين في كل سنة ثلثه لأن التالف بشهادته نصف
النفس لأنه بقي من يقوم بشهادته النصف. فإن رجع الآخر مع ذلك
غرم نصف دية النفس في ثلاث سنين ويضمن الراجع الأول فضل ما بين
ربع دية اليد إلى ثلثها لأن اليد إنما استوفيت بشهادة ثلاثة نفر
وكانت الدية عليهم أثلاثا فظهر في الآخرة أن الواجب على الراجع
الأول ثلث دية اليد وصار هذا كثلاثة نفر قطعوا يد رجل خطأ ثم قتله
اثنان قبل برء اليد فعلى عاقلة القاتل ثلث دية اليد وعلى القاتلين دية النفس
يدخل في ذلك دية اليد فكذا هذا. فإن وجدنا الثالث عبدا كان
كانت دية اليد كاملة على الأول والثاني ودية النفس على عاقلة
الولي في ثلاث سنين لأنه لما ظهر أن الثالث كان عبدا ظهر أن القضاء
حصل بشهادتهما فما ثبت اليد تالفة بشهادتهما فظهر أن القضاء
بالقصاص وقع خطأ لأنه قضى بشهادة الفرد لأن الأول كان راجعا
حين قتله والاستيفاء من القضاء فلم يبق عند الإمضاء إلا شاهد واحد
والقضاء بشهادة الفرد يكون خطأ وكذلك الإمضاء ومن قتل إنسانا
بقضاء خطأ كان ضامنا لأن القاضي متى أخطأ في قضائه كان قرار
الضمان على المقضي له. ثلاثة شهدوا بالقتل العمد فقضي فقطع الولي يده
ثم رجع واحد فقطع رجله ثم رجع آخر بطل القود بعامة الروايات
لأن رجوع اثنين من الثلاث يمنع القضاء فيمنع الإمضاء ثم لا يخلو إما أن برأ
من الجراحتين أو مات فإن برأ فعلى الأول ربع دية اليد لأنه تلف بشهادة

الراجعين نصف الدية لانه تلف بقوم بشهادته نصف الدية وعلى الثاني ربع
دية اليد ونصف ارش الرجل لانه حين اشتغل في الرجل كان الاول راجعا عن
شهادته فلم يتصل تلف الرجل بشهادته وانما تلف بشهادة الآخرين فكان
التالف بشهادة الراجع نصف الرجل ٥ وان كان الثالث عبدا كان دية
الرجل على الولي فان مات منهما والثالث عبد فعلى الراجعين نصف دية
النفس ونصفها على عاقلة الولي لان النفس تلف بالجنايتين بجناية الولي
وجناية الشاهدين والشهادة جناية واحدة لان الشهادة انما تتم عليه
التلف بهما باجتماعهما فصار الراجعين كشخص واحد ٥ فان رجع الثاني
ولم نظهر انه عبد فان برا منهما فارش اليد عليهم اثلاثا وارش الرجل
على الثاني والثالث نصفان وان مات من ذلك كله فالدية عليهم اثلاثا
وكان بمنزلة ما لو قطع ثلثة نفر يد رجل ثم قطع اثنان منهم رجله ومات
من الجنايتين فالدية عليهم اثلاثا وكذى هذا ٥

باب الرجوع عن الشهادة على الجناية والعتق المبسوط

عبد قيمته الف شهد شاهدان انه قتل ولي هذا الرجل خطا وجحد المولى
فقضي بالجناية فلم يخبر حتى شهد اخران انه اعتقه والمولى ينكر فقضي
على المولى بالدية ثم رجع الشهود جميعا ضمن شهود الجناية الفا وشهود
العتق عشرة الاف قيمة العبد وتسعة الاف تمام الدية لان شاهدي
الجناية اتلفا قدر الالف لان القاضي قضى بالجناية بشهادتهما ووقت القضا
بالجناية كان عبدا رقيقا وموجب جناية العبد دفع الرقبة وقيمتها الف
واما شاهدي العتق فلان القاضي قضى بالعتاق بشهادتهما والعتاق يزيل

ملك الرقبة ويدل على اختيار الفدا فقد اتلفا ملك الرقبة وقيمتها الف
واتلفا بدل النفس باختيار الفدا وذلك عشرة الاف الا ان قدر الالف
من بدل النفس عوض شاهدي الجناية فلا يغرم شاهدا الاعتاق فبقي تسعة
الاف ٥ فان شهدوا بالعتق اولا وقضي به ثم شهدوا شهود الجناية
انه قتل هذا الرجل قبل العتق والمولى كان عالما به فقضي به ثم رجعوا ضمن
شهود العتق الفا وشهود الجناية عشرة الاف لان شاهدي العتاق ما
اثبتا اختيار الفدا لان الجناية لم تكن ظاهرة وقت القضا بالعتق وكان
القضا بشاهدي العتاق لا بالاختيار فصار متلفين قيمة العبد لا الدية
وفي المسالة المتقدمة الجناية كانت ظاهرة عند القاضي وقت القضا
بالعتق فوقع القضا بالعتاق وبالاختيار فصار متلفين قيمة العبد والدية
واما شاهدا الجناية فقد اوجبا الدية لان الجناية وان كانت سابقة على
الاعتاق ولكن القضا بالجناية تاخر عن القضا بالعتاق والعبرة لحالة القضا لا
لحالة الجناية لان الشهادة انما تصير حجة عند اتصال القضا بها وان القضا
بالجناية وقع حال حرية العبد فيكون موجبها الدية وفي الاولى القضا
بالجناية وقع حال رق العبد وكان موجبها استحقاق الرقبة ٥ وان زكوا
جميعا وقضي بها جملة فالجواب كما لو قضي بشهادة الجناية اولا لان
الشهود شهدوا بالجناية سابقا على العتق في المسالتين واذا اوجب القضا
بشهادتهم معا وجب القضا بالجناية سابقا كما شهدوا به لان القضا يجب
على وفق الشهادة وبحسبها ٥ ولو شهدوا ان عبدا قتل ولي هذا الرجل اول
من امس وهو يعلم وشهد اخران انه قال ان دخل عبدي الدار فهو حر وشهد

اخران انه دخل الدار اليوم وقضى بها ثم رجعوا ضمن شهود اليمين ارش الجناية
وضمن شهود الجناية الف درهم ولا شيء على شهود الدخول لان شهود الدخول
ما اثبتوا ايجاب العتق واختيار الفداء وشهود اليمين اثبتوا صيغة ايجاب
العتق فصاروا متلفين للعتق عند الشرط واذا قضى القاضي بالجناية
والعتق معا صار كانه قضى بالجناية سابقا وبالعتق لاحقا لان الشهادة
بالجناية وقعت سابقة وبمثله لو شهد شاهدان انه قال لعبده
امرك بيدك وشهد اخران انه اعتق نفسه ثم رجعوا ضمن شهود
العتاق لان شهود التفويض لم يثبتوا صيغة الاعتاق لان بالتفويض
لا يعتق العبد ما لم يباشر الاعتاق وهو مرتبة ادعت على رجل انك
تزوجتني على الفين وانا مسلمة ودخلت بي وطلقتني ثم ارتدت
وشهد شاهدان بالنكاح على الفين وشاهدان انه دخل بها وطلقها
امس فانها ارتدت اليوم فقضى بشهادتهم معا او قضى بشهادة النكاح
قبل شهادة الدخول ثم رجعوا فلا ضمان على شهود النكاح ويضمن شهود
الدخول الفين لان شهود النكاح ما اتلفوا شيئا لان القاضي لو كلف الزوج
باداء شيء من المهر لانه قارنه المبرئ والمسقط للمهر عن الزوج وهو ردة
المراة قبل الدخول بها كما لو عاين القاضي نكاحهما ثم عاين ردتها قبل
ظهور الوجوب لا يقضي على الزوج بالمهر لقيام المسقط للحال وكما لو
اقام البينة على الدين واقام المديون البينة على الابراء لا يقضي عليه بشيء
وشاهدا الدخول الزما المهر لانهما اوجبا الدخول والردة بعد الدخول
ليس بمسقط للمهر فقد اتلفا على الزوج الالفين ولو قضى بشهادة

الدخول اولا ثم رجعوا ضمن شهود الدخول مقدار مهر مثلها وشهود
النكاح الفضل الذي شهدوا به على مهر مثلها وهو الف لان حال
ما شهدوا بالدخول والطلاق لم يكن ثمة تسمية فصار واجبا المهر
المثل فضمنا ذلك القدر بالرجوع وحين قضى بالنكاح مع التسمية
كان الدخول مقضيا به وردة المراة بعد الدخول غير مسقط فلم
يقارن المسقط القضا بالمهر هنا فحصل القضا بالمهر بشهادة
شهود النكاح فلم يضمنوا قدر مهر المثل وضمنوا ما زاد عليه والله اعلم

كتاب التزكية

التزكية مشروعة والعدالة مشروطة في الشهادة المستورة
لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل فقد شرط العدالة في الشهادة
والعدالة انما تعرف بالامتحان والتجربة او بالسؤال والتعرف عن حاله
عند اشتباهه واستتاره وروي ان رجلين شهدا عند عمر رضي
الله عنه فقال اني لا اعرفكما ولا يضركما اذا لم اعرفكما فاتيا بمن يعرفكما
فجاء برجل فقال عمر لذلك الرجل هل تعرفهما فقال نعم فقال اكنت معهما
في السفر الذي تبين فيه جواهر الناس فقال لا فقال اكنت جارهما
تعرف صباحهما ومساهما فقال لا فقال اعاملتهما بالدراهم
والدنانير فقال لا فقال يا ابن اخي انك اذا لا تعرفهما فعمر لم يقض قبل
السؤال ولان رجحان الصدق على الكذب في خبر من ليس بمعصوم عن
الكذب انما تعرف بالعدالة ظاهرا لان العدالة عبارة عن الانزجار والاجتناب

عن الفسوق والاباطيل والاستقامة على حدود الدين والعدالة لا يعرف
الا بما ذكرناه

باب معرفة العدالة

للعدالة شرائط منها ان يكون ملازما للجماعة محافظا عليها لان المخلص انما
يتميز من المنافق بالمحافظة والمواظبة على الجماعات فكذا العدل من الفاسق
ومنها ان يكون معروفا بصحة المعاملة في الدينار والدرهم لان ديانة
الرجل وصيانته وورعه وديانته انما تعرف بصحة معاملته لقوله
عمر رضي الله عنه لا يغرنكم طنطنة الرجل في صلوته انظروا الى حاله
عند درهمه وديناره ومنها ان يكون مؤديا للامانات مجتنبا عن الغدر
والخيانات لان الشهادة عند الشاهد امانة فيستدل بادائه سائر
الامانات على اداء هذه الامانة على وجهها ومنها ان يكون صدوق اللسان
قليل اللغو والهذيان حتى اذا اعتاد الكذب وتعود الهذي لا تقبل شهادته
لانه لا يؤمن من ان يكذب في الشهادة متى اعتاد الكذب في المقالة فاما اذا
كان يقع فيه احيانا قبلت شهادته لانه لا يسلم احد من الذنوب
ومنها ان لا يكون معاقرا للنبيذ يعني مداوما له وهو ان لا يشرب
مع الناس وان كان يشرب وحده في السر لاستمراء الطعام لا تسقط عدالته
لان هذا لا يصير تاركا للمروة فلا يميل الى الكذب بل يستنكف عنه مخافة
ذهاب ماء وجهه وعدم الاستماع الى قوله ومنها ان لا يلعب
بشيء من الملاهي وهذا ان كانت مستشنعة بين الناس كالمزامير
والطنابير لم تجز شهادته وان لم يكن مستشنعة نحو الحداء وضرب

القضيب جازت شهادته الا ان يتفاحش بان يرقصون معه فيدخل في حد
المعاصي والكبائر فحينئذ يسقط العدالة ومنها ان لا يكون قاذفا
للمحصنات لان قاذف المحصنات ملعون بالنص فمن يكون ملعونا في الدنيا
والاخرة كيف يكون مقبول الشهادة والامور التي تسقط بها العدالة
كثيرة يطول تعدادها واحصاؤها فلا بد من الفاصل بينهما واختلفوا فيه
قيل ان يكون مجتنبا عن الكبائر كلها ومحترزا عما لا يحل في الشريعة
غالبا حتى لو لم يحترز عما لا يحل في الشريعة غالبا فليس بعدل وقيل
ان كان عامة افعاله موافقة للشريعة ويكون حافظا للمروة فهو عدل
والا فلا واحسن ما قيل فيه ان يكون مجتنبا عن الكبائر كلها ولا يكون
مصرا على الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر
من خطائه وان يعتاد الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروة
وسئل محمد عن العدل فقال الذي لم يظهر منه ريبة وقال ومن شرب
النبيذ ولعب بالشطرنج وهو مما ولع به وجه التدين اقبل شهادته
ومن لم يؤد زكوة ماله وقد حج ان كان صالحا تقبل شهادته لان الحج
والزكوة ليس لهما وقت معين وما كان هذا له وقت مبين فاخره
عن وقته اقبل شهادته

فا المسئلة عن الشهود

التزكية نوعان تزكية السر وتزكية العلانية اما تزكية السر
فينبغي للقاضي ان يختار للمسئلة عن الشهود من هو اوثق الناس
واورعهم ديانة واعظمهم واكثرهم امانة واكثرهم خبرة واعلمهم

اوثق

فالتمييز وفطنته في تولية المسئلة لان القاضي مأمور بالتفحص عن العدالة فيجب
عليه المبالغة والاحتياط فيها ثم يكتب في رقعة اسماء الشهود جملة بأسمائهم
وحلاهم وقبائلهم ومحالهم ومصلاهم حتى لا يتمكن فيه التشبيه لانه يتوهم
ان يتفق في تلك المحلة رجلان على ذلك الاسم والنسبة وينفذ تلك الرقعة على
يدي امينه مختومة الى ذلك المزكي ولا يطلع احدا على ما فيه بدي امينه حتى
لا يعلم فيخدع بالرشوة وذكر في المنتقى عن محمد رجل شهد عند القاضي
وهو على اكثر خمسين ونحا من بلد القاضي فبعث امينا بجعل ليسأل المعدل
عن الشاهدين والجعل على المدعي لان الامين عامل له الا ترى ان الصحيفة التي يكتب
فيها قصتها على المدعي ثم ينظر المزكي في ذلك ويعرف احوال الشهود ممن
يعرف حالهم فيسأل عنهم اهل الثقة والامانة من جيرانهم واهل
محلتهم وان لم يكن في جيرانهم من يصلح للمسئلة عنهم من اهل الثقة
يسأل عن اهل اسواقه لانهم اعرف بحاله فاذا قال المسئول عنه هو عدل
عندي جائز الشهادة كتب في اخر الرقعة بانه عدل مرضي عندي جائز
الشهادة وان كان بخلاف ذلك كتب انه غير عدل ولا مرضي ورد تلك
الرقعة الى القاضي في السر والعدد في المزكي ورسول القاضي الى المزكي
والمترجم على الشهادة ليس بشرط عندهما ولكن الواحد يكفي والاثنان
احوط قال محمد شرط حتى لا تثبت العدالة بقول الواحد ولا يجوز في
تزكية السر في الزنا الا اربعة وكذلك الجرح يثبت بقول الواحد عندهما
خلافا لمحمد لان في التزكية والتعديل معنى الشهادة لان الشهادة لا تثبت

المبالغة صح

حجة

حجة الا بالعدالة فيشترط فيها العدد كما في الشهادة لان لزيادة
العدد اثرا في افادة زيادة العلم فيشترط فيه العدد ليكون ابلغ
واكمل في افادة العلم ولهما ان هذا خبر وليس بشهادة لانه لا يوجب
حقا على الغير فلا يشترط فيه العدد كخبر الواحد في باب
الديانات والمعاملات لان خبر الواحد العدل يفيد العلم
ظاهرا والعلم الظاهر يكفي لاثبات العدالة ولهذا يجوز للقاضي ان
يقضي اذا عرف عدالتهم وفي الشهادة انما شرط العدد نصا لا
قياسا واذا اتاه كتاب التعديل واحتاط القاضي واراد ان
يسأل من غيره ايضا يدفع اليه اسماء الشهود ولا يعلمه انه سأل
عن حاله من غيره لانه متى اعلمه بذلك ربما يعتمد على قول الاول
ولا يبالغ في التفحص عن ذلك فاذا اتى الثاني بمثل ما جاء به الاول
انفذ ذلك واما تزكية العلانية قال محمد ويسأل في العلانية بعد
التزكية في السر وهو ان يحضر القاضي المزكي بعد ما زكى الشهود في
السر ان يزكيهم بين يدي القاضي ويشير اليهم فيقول هؤلاء عدول
عندي ازالة الالتباس واحترازا عن التبديل والتزوير واليوم وقع
الاكتفاء بتزكية السر لما في تزكية العلانية من بلاء وفتنة وتغرير
وخدعة لانه ربما يكون الشاهد فاسقا فلا يخبر من يعرف حال
الشاهد للمزكي انه فاسق في العلانية اما سترا عليه حتى لا يؤدي
الى الفضيحة او اتقاء من شره لانه ربما يحمله ذلك على الضغينة والعداوة
فيما بينهم وذكر الخصاف في ادب القاضي ان العدد في تزكية العلانية شرط
عند الكل لان هذه في معنى الشهادة فانها تختص بمجلس القاضي وتزكية

السر ليست في معنى الشهادة ولهذا لم يشترط اهلية الشهادة لتزكية السر
ويشترط الشهادة لتزكية العلانية ولو قال المزكي لا اعلم منه الا خيرا
يقبل منه اذا كان عالما والا توقف في ذلك قال محمد في رجل نزل بين
اظهر قوم ستة اشهر فلم يروا منه الا خيرا اجاز لهم ان يعدلوه لان
حال الرجل في الفسق والعدالة يتبين بمضي ستة اشهر ظاهرا وقال
ابو يوسف اخرا اذا مكث سنة ولم يعرفوا منه الا خيرا اجاز لهم ان
يعدلوه لان الوقوف على حال الانسان انما يكون بالتجربة والامتحان
والمدة التي تصلح للتجربة والاختبار السنة الكاملة كما في العنين في
الاصابة ويقول المزكي في الشاهد المجروح والله اعلم فلا يزيد على هذا
لان في ذكر فسقه هتك ستره عليه وقد امرنا بالستر على المسلم ولا يقول
القاضي للمدعي جرح شهودك ولكن يقول زدني في شهودك او يقول لم يحمد
شهودك عندي لان هذا اقرب الى الستر ومتى عرف المزكي عدالته لا يمسك
عن الاخبار بما فيه اذا كان القاضي عدلا فان كان جائرا او جاهلا فلا باس
بان يمسك عنه لانه اذا عدله ربما يقضي بجور وجهل وان عرفه بفسق
ويجانه ان عرف انه لو لم يخبر القاضي بما فيه اخبر غيره امسك عن هتكه
واشاعته وان عرف انه لو لم يخبر هو يعدله غيره فيقضي به القاضي لا يسعه
ان يمسك بل عليه ان يخبر القاضي بما فيه لانه زجر ربما يؤدي الى الخطا وصيانة
القاضي عن الخطا واجب رجلان عدلان او رجل وامراتان عدلا رجلا عند رجل
وسع السامع ان يعدله اذا وقع في قلبه ان الامر على ما قالا اذا لم يتقادم العهد ولو
ثبتت عدالة الشهود عند القاضي وقضى بشهادتهم ثم شهدوا عند القاضي في حادثة
اخرى ان كان العهد قريبا لا يشتغل بتعديله وان كان بعيدا يشتغل به لان الظاهر

من حال

من حال الانسان انه لا يتغير في زمان قريب ويتغير في زمان بعيد وفي
الحد الفاصل بينهما قولان احدهما انه مقدر بستة اشهر والثاني انه
موكول الى راي القاضي فان راى ان يجدد التعديل يفعل وان راى ان يكتفي بالاول
يفعل قال اسمعيل بن حماد ناقلا عن ابي حنيفة رحمهما الله اربعة شهود لا يسال
عن عدالتهم شاهدا رد الطينة وشاهدا تعديل العلانية وشاهدا
الغربة وشاهدا الاشخاص لان القاضي لو اشتغل بتعديل شهود الغربة
او الاشخاص لانقطع المسافر عن الرفقة ولعرف الخصم فلا يفيد وشاهدا
رد الطينة او الخاتم قد مر في ادب القاضي وفي باب العدوى والاعداء
وقال محمد بن سماعة انا اسال عن شاهدي رد الطينة والاشخاص لان
فيهما الزام حق على الغير وفيما فيه الزام على الغير لا بد من العدالة وليس في الزام
الغربة وتزكية العلانية الزام شي على الغير

باب من يجوز تعديله ومن لا يجوز [illegible]

قال محمد كم من رجل اقبل شهادته ولا اقبل تعديله لانه يحسن ان يؤدي ما
سمع ولا يحسن التعديل ويقبل تعديل الوالد لولده والولد لوالده وكل
ذي رحم محرم لرحمه اراد به تعديل السر لان تعديل السر ليس بشهادة
انما هو اخبار وهو ليس في الاخبار سواء بخلاف تعديل العلانية لانه
من باب الشهادة ويقبل تعديل المراة لزوجها وغيره اذا كانت
امراة برزة تخالط الناس وتعاملهم لان لها خبرة باموره ومعرفة
باحوالهم فيقبل السوال والتعديل من امور الدين فيستوي فيه الانثى والذكور
كرواية الاخبار ورواية هلال رمضان خصوصا في تعديل السر لان المراة

اعرف باحوال النساء في بيوتهن وان كانت امراة مخدرة غير برزة لا يكون
لها خبرة فلا تعرف احوال الناس الا حال زوجها وولدها فلا يكون تعديلها
معتبرا فلا يفيد السوال عنها ه وتزكية السر تقبل من الاعمى والعبد والصبي
والمحدود في القذف عندهما وعند محمد لا تقبل بناء على ان هذا اخبار عندهما وخبر
هولاء في امور الدين مقبول ملحوظ وعند محمد شهادة وشهادة هولاء غير مقبولة
وتزكية العلانية لا تقبل الا ممن كان من اهل الشهادة لانها شهادة وان عدل
المشهود عليه شهود المدعي ان قال صدقوا في شهادتهم او قال هم عدول في
شهادتهم يقضى عليه بالمال باقراره بالشهادة لان ذلك اقرار منه بالمال لانه
انما يكون الشاهد صادقا او عدلا فيما شهد به اذا كان الحق واجبا عليه وان
قال هم عدول ولم يزد عليه ذكر في الجامع الصغير انه لا يصح هذا التعديل
لان من زعم المدعي وشهوده ان المدعى عليه في الجحود ظالم كاذب وتزكية
الكاذب الفاسق لا تصح وقال في التزكية ويجوز تعديل المشهود عليه اذا
كان من اهله لان تعديل المشهود عليه بمنزلة تعديل المزكي بل ابلغ واوثق
واقراره بكون الشاهد عدلا لا يكون اقرارا بوجوب الحق على نفسه لا محالة
لجواز ان يكون عدلا الا انه اوهم واخطا في شهادته الا ترى انه لو شهد عليه وان
فقال المشهود عليه هو عدل لا يجعل اقرارا منه لانه مع كونه عدلا يتوهم
منه النسيان والخطا وهذا اذا جحد الخصم فان كان ساكتا وهو من اهل
التعديل صح منه التعديل قيل وهذه الرواية فيما اذا سكت وتلك
الرواية فيما اذا جحد توفيقا بين الروايتين ه واذا عرف القاضي
احد الشاهدين بالعدالة ولا يعرف الاخر فزكى احدهما الاخر قيل

يقبل وقيل لا يقبل لانه متهم فيه ويجوز تعديل شهود الفروع الاصول
في ظاهر الرواية لان الفرع نايب عن الاصل في نقل عبارته الى مجلس
القاضي فاذا نقل انتهى حكم النيابة فصار هو بمنزلة الاجانب
فيصح تعديله وروي عن محمد ان تعديلهما الاصل لا يصح لانهما
متهمان فيه ه ولو سالهما القاضي عن عدالة الاصل فقالا لا نخبرك
فالقاضي لا يقبل شهادتهما على شهادته ه وان قال الفرع للقاضي
نسال عن الاصل فانه عدل لم يقبل ذلك في ظاهر الرواية وروي عن
ابي يوسف القاضي يقبل شهادتهما ويسال عن الاصل لان هذا ليس
بجرح في شهادة الاصول لان هذا امر يحتمل انه جرح في شهادة
الاصول ويحتمل انه توقف في حالهم ولا يثبت الجرح بالشك ولو قالا
لا نعرفه اعدل ام لا قيل كذلك الجواب لان هذا جرح في شهادة الاصل
فصار كما لو حضر الاصول وشهادتهم مجروحة مقبولة الا
ترى انهما لو قالا للقاضي انا نتهمه في الشهادة لم يقبل شهادتهما على شهادته
فكذا هذا وقيل يقبل القاضي شهادتهما ويسال عن الاصل لان
الشك في مستور وشهادة المستور مقبولة وشهود الكفار يعدلهم
المسلمون فان لم يعرفهم المسلمون يسال المسلمون عن عدول
المشركين ثم يسال اوليك عن الشهود لان التزكية احد شطري
ما يتوقف عليه الشهادة اذ بدونها لا تكون الشهادة حجة ولم يكن
للكافر اهلية الحجة كالقضاء والامارة باب

الطعن والجرح في الشهود المبسوط

عدّله واحد وجرحه آخر أعاد المسألة عند محمد لأن عنده العدالة
والجرح لا يثبت بقول الواحد فصار وجودهما وعدمهما بمنزلة
وعندهما الجرح أولى لأن التعديل والجرح يثبت بقول الواحد عندهما
ويرجح الجرح على التعديل لأن الجارح في الجرح اعتمد على الدليل وهو
العيان والمشاهدة والمعدّل في التعديل لم يعتمد على الدليل لأن
العدالة إنما تثبت بالانزجار عن ارتكاب محظور دينه وذلك فيما
لا يوقف عليه وإنما اعتمد على الظاهر من حيث إن العدالة أصل في الإنسان
فيرجح خبر الجارح على خبر المعدّل فصار كما لو عدّله اثنان وجرحه اثنان
فإن عدّله ثالث صار التعديل أولى لأنه ثبت التعديل بما هو حجة كاملة في
الشرع والجرح لا فإن جرحه واحد وعدّله اثنان فالتعديل أولى عدّله
جماعة وجرحه اثنان فالجرح أولى لأنه لا يثبت الترجيح بزيادة العدد على
الاثنين ألا ترى لو شهد اثنان بالعين لرجل وشهد عشرة بتلك العين
لآخر يستويان فصار كأنه جرح اثنان وعدّل اثنان وذكر الخصاف
في أدب القاضي أن الركوب في البحر إلى الهند سبب الجرح لأنه خاطر
بدينه ونفسه وسكن دار الحرب وكثّر سوادهم وعددهم وتشبّه
بهم لينال بذلك مالاً ويرجع إلى أهله غنياً فإذا كان لا يبالي أن يخاطر بدينه
ونفسه فلا يؤمن من أن يأخذ من عرض الدنيا ليشهد بالزور وكذلك
التجارة في قرى فارس فإنهم يطعمونهم الربا وهم يعلمون ولا تقبل شهادة
الأشراف من أهل العراق لأنهم قوم يتعصبون فإذا نابت أحداً نائبة
أتى سيد قومه فيشهد له سيد قومه ويشفع فلا يؤمن أن يشهد بالزور

فصل لو أقام المدعى عليه بيّنة على جرح الشهود فإن كان
جرحاً لا يدخل تحت الحكم كما لو قالوا إنهم فسقة أو زناة أو أكلة ربا أو
استأجر المدعي الشهود في هذه الشهادة أو أقر الشهود أنهم شهدوا
بباطل أو بزور أو أقروا أن ما يدّعيه المدعي باطل لا تقبل بيّنته وإن
كان جرحاً يدخل في الحكم كما لو أقام البيّنة أنهم زنوا أو شربوا
الخمر أو سرقوا أو أنهم عبيد أو محدودون في قذف أو أنهم شركاء
في المشهود به أو أن المدعي استأجر الشهود ليشهدوا بزور أو أقروا أنه
استأجرهم على هذه الشهادة تقبل بيّنته وقال ابن أبي ليلى والشافعي
تقبل في الفصلين والصحيح قولنا لأن البيّنة إنما تقبل على ما يدخل
تحت الحكم لأنها شرعت للإثبات والجرح المجرد لا يدخل تحت الحكم
لأن الجرح والقدح حرام لما فيه من إظهار الفاحشة وإشاعتها
وإشاعة الفاحشة حرام بالنص إلا أن يتضمن حقاً للشرع وهو
إقامة الحد أو حقاً للعباد وهو وجوب المال فإن تضمن ذلك
يصح وإلا فلا فإن قال المدعى عليه إني صالحت هؤلاء الشهود بكذا
من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا عليّ بهذا المال فإذا
شهدوا فعليهم أن يردّوا عليّ ما أخذوا وأقام على ذلك بيّنة
قبلت وبطلت شهادتهم لأنه ادّعى حقاً له فيصح ولو قال لم أسلم
إليهم مال الصلح لم تقبل فإن قال الخصم الشاهدان عبدان وقالا نحن
حران وعرف القاضي حريتهما لا يلتفت إلى قول المشهود عليه لأنه يدّعي

خلاف الظاهر فان كان لا يعرفهما وكانا مجهولين لا تقبل شهادتهما
حتى يأتيا بالبينة على الحرية لان الناس في الاصل احرار الا في اربع مواضع
احدها هذا القول عمر رضي الله عنه الناس احرار الا في اربعة في
الشهادة والحدود والقتل والقصاص ولان حرية مجهول النسب
ثابتة باستصحاب الحال من حيث ان كلهم اولاد آدم وحوا
وهما كانا حرين والثابت باستصحاب الحال تصلح حجة للدفع
لا للاستحقاق لما عرف فان اخبر واحد القاضي بحريتهما قبل
شهادتهما لان الثابت بالظاهر يصلح حجة للدفع والاستحقاق
جميعا عند زفر والشافعي فاذا اكتفى القاضي بالسوال عن الشهود
ولم يشتغل بتكليف المدعي باقامة البينة على الحرية فقد امضى
حكما في موضع الاجتهاد فينفذ والخطوط لا تقبل قولهما الا
ببينة فان اتيا بالبينة حكم بعتقهما ومضى ذلك على المولى لانه
انتصب عنه خصم حاضر وهو المشهود عليه لان المشهود
له ادعى حرية الشاهد على المشهود عليه فانه سبب لثبوت
حقه على المشهود عليه ومن ادعى حقا على الحاضر بسبب
على غائب ينتصب الحاضر خصما عن الغائب وفي نوادر ابن سماعه
عن محمد لو لم تعدل شهود المدعي فسأل المدعى عليه القاضي
ان يقضي برد شهادتهم حتى لا يشهدوا عند قاضي آخر فانه يقضي
بذلك ولو شهدا عند قاضي آخر بذلك ثم سأل المدعى عليه القاضي

ان يكتب برد شهادتهما الى هذا القاضي فانه يجيبه الى ذلك وقال
محمد في الكيسانيات اذا رد شهادة شاهد فقال المدعي انا اتي
بعدلين تعدل الشهود في هذه المسألة لم يقبل ذلك والله اعلم

كتاب الاستحلاف

يحتاج الى معرفة شرعية اليمين وتفسيرها وركنها وشرطها
وحكمها اما شرعيتها فانها مشروعة في الدنيا والاموال
والحقوق بالمال لقوله عليه السلام لو ترك الناس ودعواهم
لادعى قوم دما قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين
على من انكر وروي ان الحضرمي والكندي اختصما الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم في مواريث ترثت فقال عليه السلام
للمدعي منهما الك بينة فقال لا فقال لك يمينه ولان المنازعة
والمشاجرة متى تحقق بين اثنين لا بد من فصلها وقطعها لانها
متى امتد ادى الى الفساد وقطع مادة الفساد واجب
والفصل انما شرعا بالبينة العادلة او اليمين الرادعة وهو تفسير
قوله تعالى وفصل الخطاب اي البينة على المدعي واليمين على من انكر
واما تفسيرها فاليمين عبارة عن القوة لما مر في كتاب الايمان ومعنى
القوة هنا ان تتقوى الحالف في انكاره بان تندفع دعوى المدعي
عنه للحال واما ركنها فذكر اسم الله تعالى مقرونا بالخبر
واما شرطها المنكر لان اليمين انما تتوجه على المنكر بالنص

لانها شرعت لنقل المدعي الى حقه عند النكول لان فايدة الاستحلاف هو
النكول لما انه ثم اذا توجهت اليمين على المنكر ان شاء حلف صادقا وان
شاء تورع عنه وفدى يمينه بالمال تحرزا عن القيل والقال فان عمر رضي
الله عنه افتدى عن اليمين وترك تسعة الاف درهم تحرزا عن القيل
والقال واما حكمها انقطاع الخصومة بينهما حتى لا يسمع دعوى
المدعي بعد ذلك اذا لم يكن له بينة ثم اليمين وضعت لازالة التهمة
عن نفسه لجواز ان يكون المدعي صادقا فالحق المدعا عليه التهمة عن
دعواه وان كان كاذبا في انكاره يستعظم اليمين بالله تعالى فلا
يقدم على حلفه فيقر بما عليه من الحق وان كان شاكا فيما ادعى عليه
ينبغي ان يرضي خصمه ولا يعجل بيمينه ويصالحه ولا يعانده وان كان
اكثر رايه ان دعواه حق لا يسعه ان يحلف وان كان اكبر رايه ان دعواه
باطلة يسعه ان يحلف لان اكبر الراي حجة عند فقد الادلة

باب كيفية الاستحلاف

المبسوط ومن توجهت عليه اليمين فالقاضي يحلفه بالله ولا يحلفه
بغير الله لقوله عليه السلام لا تحلفوا بابائكم ولا بالطواغيت فمن كان
منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقوله عليه السلام ملعون من
حلف بالطلاق وحلف به ويحلفه بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب
والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية لان
التغليظ في اليمين من حيث اللفظ ابلغ واكمل في الزجر والردع

عن اليمين الكاذبة لانه ربما يجتري ولا يتجاسر على الحلف كاذبا حالة
التغليظ وكان التغليظ من حيث اللفظ حسنا فان اكتفى بالاول اجزاه
وقال ابو حنيفة في المجرد ان لم يتهمه القاضي اقتصر القاضي على قوله
بالله الذي لا اله الا هو وان اتهمه تغلظ في يمينه ٥ وليس من شرطه
استقبال القبلة ودخول المسجد وعند الشافعي التغليظ من حيث
المكان حسن والصحيح قولنا لان التغليظ من حيث المكان يحتاج الى
مدة طويلة ولو اشتغل القاضي به في كل حادثة تقع في جرح ومشقة
وتؤدي الى تعطيل حقوق الناس ٥ ويحلف النصراني بالله الذي انزل الانجيل
على عيسى واليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى عليهما السلام ولا يحلف
بالله مطلقا لان النصراني يقول المسيح ابن الله واليهودي يقول عزير ابن الله تعالى
ولكنهم يقرون بان الله انزل الانجيل والتوريه هو الله تعالى والمجوسي بالله الذي
خلق النار على قول محمد لانه يعتقد تعظيم النار فيغلظ في يمينه بما يعتقد تعظيمه
وهو النار كما في النصراني واليهودي وعندهما يحلفه بالله لا غير لان تغليظ
اليمين بغير الله تعالى لا يجوز الا انه في حق النصراني واليهودي ورد نص وهو
حديث ابن صوريا ان النبي عليه السلام حلفه بالله الذي انزل التوريه على موسى
والنص الوارد في التغليظ بكتاب الله تعالى ولهذا من الحرمة ما ليس للنار
ولا يكون واردا في النار دلالة وغيرهم من اهل الشرك يحلف بالله لا غير
ولا يحلف بالله الذي خلق الوثن والصنم لان في تغليظ اليمين بالصنم تعظيمه له
مروجه وقد امرنا باهانته لان يعظمه الناس اتخذ الها ولم يؤمر باهانة
النار لانه لم يتخذها احد الاها ولهذا جوز محمد التغليظ بذكر النار ولم يجوز

بذكر المبهم واستحلاف الاخرس ان يقول القاضي عليك عهد الله ان كان لهذا
عليك هذا الحق ويشير الاخرس براسه اي نعم ولا يستحلف بالله ما لهذا عليك
الف فيشير الاخرس براسه اي نعم لان الاشارة من الاخرس اذا كانت معروفة
من النفي والاثبات بمنزلة العبارة من الناطق في ساير الاحكام فكذلك في حق
الحلف ه القاضي لو استحلف الناطق بالله ما لهذا عليك الف درهم فقال نعم
لا يكون يمينا لانه يصير كانه قال الحلف وذلك لا يكون حلفا فكذلك الاخرس
ولو قال عليك عهد الله فقال نعم يكون يمينا لانه يصير كانه قال علي عهد الله
ان كان لهذا علي كذا ه ثم الاستحلاف على قسمين احدهما على العقود
والمعاملات الشرعية والاخر على الافعال الحسية اما الاول فهو ان القاضي
يحلفه على الحاصل بالعقد بالله ما له قبلك ما ادعى من الحق ولا يحلفه على
السبب وهو البيع والاجارة والكفالة ونحوها وروي عن ابي يوسف انه
يحلفه على السبب بالله ما اشتريت ولا استاجرت ونحوه الا ان يعرض
للقاضي فيقول كم من مشتري او مستاجر يفسخ العقد فيحلفه على الحاصل
به وجه ظاهر الرواية انه متى حلفه على العقد ربما يتضرر به لان
الفسخ العقد بينهما بالمفاسخة والمناقضة او يبرا عن موجبه بالبراءة او الايفا
والاستيفاء فلا يمكنه على العقد لانه يحنث في يمينه فيقضى عليه بالنكول
وهو بري من موجبه فيتضرر به ومتى حلفه على الحاصل يمكنه ان يحلف
صادقا فلا يتضرر به وكان النظر في تحليفه على الحاصل ولو حلفه
القاضي على العقد والحاصل جميعا احتياطا كان له ذلك بان يقول بالله
ما بعت منه هذه الدار التي ادعا بالثمن الذي سماه ه ثم الاستحلاف على

العقود الشرعية انواع منها الاستحلاف على الدين فيحلفه بالله ما لهذا
عليه من الدين والقرض قليل ولا كثير وروى حماد عن ابي حنيفة انه لا يذكر
القليل والكثير وهو قول ابن ابي ليلى لان اسم الدين والقرض يتناول ما له عليه
قليلا او كثيرا فلا معنى لذكرهما وجه ظاهر الرواية ان ذكر القليل
والكثير احوط لانه ربما يكون ادى بعض الدين او ابراه عن البعض فمتى لم يذكر
القليل والكثير لا يبالي من اليمين على جميع الدين لانه لا يحنث في يمينه فانه ليس
عليه جميع الدين ومنها الاستحلاف على البيع يحلف البايع بالله ما هذه
الدار للمدعي بهذا الشرى الذي ادعاه وبالثمن الذي سماه فيحلفه على المبيع
والثمن جميعا لجواز ان يقر الجاحد بالبيع بعد ما حلف ويختلفان في الثمن فيجب
التحالف فمتى حلفه على المبيع وحده يحتاج الى تحليفه مرة اخرى ومتى
حلفه عليهما لا يحتاج الى تحليفه مرة اخرى في التحالف فكان في الاستحلاف
عليهما تقليل اليمين فكان هذا اولى فان ادعى البايع البيع وانكر المشتري
ان ادعى انه سلم المبيع ولم يقبض الثمن منه يحلف المشتري بالله ما قبلك
هذه الدار ولا ثمنها فان ادعى انه لم يسلم المبيع ولم يقبض الثمن يحلفه بالله
ما هذه الدار لك ولا الثمن الذي سماه عليك لجواز ان يقر الجاحد بالشراء
بعد ما حلف ثم يختلفان في المبيع فيقول اشتريت دارا اخرى فيجب
التحالف فكان في التحليف على المبيع والثمن تقليل اليمين ومنها الاجارة
والمزارعة والمعاملة يحلفه بالله ما بينك وبينه اجارة في هذه
الدار قائمة او مزارعة في هذه الارض قائمة لازمة اليوم الى الوقت
الذي ادعاه بهذا الاجر الذي سماه وان ادعى عليه اجرة الدار وجحد يحلفه

بالله ماله قبلك هذه الاجر الذي سماه من اجارة هذه الدار لهذا الوقت الذي
ادعى لانه متى حلفه على الاجرة لا عسى ربما تبا ول الحالف انه لا اجرة عليه
بسبب سى احر او بسبب وقت اخر فكان الاحتياط والنظر في ذكر
الدار والوقت جميعا ومنها الشفعة لو اختلفا في الطلب حلف الشفيع بالله لقد
طلبت شفعة هذه الدار حين علمت بالشرا واشهدت على ذلك بحضرة
الدار او المشتري او البايع ٥ ولو ادعى الشفعة بالجوار والمدعا عليه
لا يرى الشفعة بالجوار ذكر الخصاف ان القاضي يحلفه على السبب
بالله ما اشتريت هذه الدار التي سماها بكذا لانه متى حلفه بالله ماله
قبله شفعة وهو لا يرى الشفعة بالجوار يكون صادقا في يمينه فيودي الى
ابطال حق المدعي فيحلفه على السبب نظرا للمدعي نظيره امراة ادعت
على زوجها انه لا آمنها ومضت مدة الايلا ووقعت الفرقة بينها فطلبت
من القاضي تحليفه وقالت للقاضي انه ممن يرى قول من يوقف بعد الاربعة
الاشهر فيحلف انها لست بباين منه ولا يحنث فيحلفه القاضي على السبب
بالله ما قلت لها والله لا اقربك مدة كذا على ما ادعت فان نكل عن اليمين ابانها
منه بتحليفه نظرا لها ٥ وكذلك لو ادعى على رجل انه كسر ابريق فضة له
او صب في طعامه ماء فافسده يعتد بان له الخيار ان شا امسكه ولا شي له عليه
وان شا دفعه الى الجاني ويرجع عليه بجميع قيمته او بمثله ان كان مثليا
وعند الشافعي لا يضمن الا النقصان فلو قال المدعي للقاضي ان هذا ممن يرى
ضمان النقصان فانه يحلفه على السبب بالله ما فعلت كذا وكذا على ما ادعا ٥
وكذا امراة ادعت على زوجها نفقة العدة فانكر الزوج وهو شفعوي

المذهب لا يرى النفقة للمبتوتة يحلفه بالله ما هي معتدتك ٥ ولو ادعى شفعوي
المذهب شفعة بالجوار على رجل هل يقضى له بالشفعة قيل لا وقيل
يقضى له لانه لما طلب الشفعة فقد ركن الى مذهبنا فيقبل دعواه كالزوجين
من اهل الذمة اذا رفع الى القاضي ان زوجته محرمة عليه
فالقاضي يفرق بينهما عند ابي يوسف ومحمد لانه ركن الى ديننا وان كان
يعتقد خلاف ذلك وقيل القاضي يسأله هل يعتقد وجوب
الشفعة بالجوار فان قال نعم يقضى له والا لا وهذا احسن الاقاويل ومنها
الوديعة والعارية ينظر ان كانت قايمة في يد المدعا عليه يحلفه
بالله ما هذا الثوب لهذا المدعي بهذا الوجه الذي يدعيه ولا يحلفه
على العقد بالاجماع في الامانة وقيل الاحوط ان يحلفه بالله ما
هذا الثوب لهذا ولا عليك تسليمه ولا تسليم شي منه الى المدعي من الوجه
الذي يدعيه لاحتمال انه اخذه من يد المدعي وهو ملك غيره فمن حلفه
على الملك لغيره يحلف صادقا فيجب تحليفه على الملك والتسليم حتى لا
يتجاسر على الحلف ٥ وان كان معيبا او مستهلكا يحلفه بالله ما له
قبلك هذا الثوب ولا قيمته لاحتمال ان يكون قايما فيجب عليه
تسليم عينه ويحتمل ان يكون هالكا فيجب تسليم قيمته فيجب
تحليفه عليهما احتياطا ومنها الطلاق والعتاق فانه يحلف الزوج
بالله ما هي طالق منك ثلثا في هذا النكاح قال الحسن يحلفه بالله ما هي
باين منك اليوم بثلث تطليقات في هذا النكاح وكذلك العتق في
الامة يحلف بالله ما هي حرة الساعة لما ادعت من العتق لان الطلاق الثلث

اما يوجب التفريق في هذا النكاح لان ثبوت الحل بعد التزوج بزوج اخر
متوهم وفي العتق في الامة كذلك لان حدوث الرق بالسبي بعد الارتداد
متصور وفي العتق السابق لا يمنع التملك في الرق الحادث بخلاف العبد لانه
اذا عتق لا يتصور الرق من بعد لان الردة منه توجب القتل حتما ٥ قال
ابو يوسف كل حق يجب على غير المدعا عليه مثل قتل الخطا تحلفه بالله ما
قتلت فلانا ان ذمته بريئة فارغة من الدية لان الدية تجب على العاقلة
فتحلف على البراءة من السبب الموجب للدية وهو القتل ٥ واما
القسم الثاني فهو الاستحلاف على الافعال الحسية وهي نوعان نوع يستحلف
على الحاصل لا على السبب كالغصب والسرقة ان كان المغصوب والمسروق
قائما تحلفه بالله ما هذا الثوب لهذا ولا عليك تسليمه ولا تسليم شيء منه
الى المدعي وان كان مستهلكا قيل يستحلف على القيمة لا غير
وقيل يحلف على الثوب والقيمة جميعا عند ابي حنيفة وعندهما
يحلف على القيمة بناء على ان عندهما الحق في القيمة لا في العين وعنده
الحق في العين لا في القيمة ما لم يقض القاضي بالقيمة او يتراضيا عليها
حتى لو اصطلحا على اكثر من قيمته جاز عنده خلافا لهما ٥ ولو جاء الغاصب
بثوب زطي وقال هو الذي غصبته وقال رب الثوب لا بل غصبتني ثوبا
مرويا فانه يستحلف الغاصب بالله ان هذا ثوبه الذي غصبته اياه وما
غصبت ثوبا مرويا وكان يجب ان يستحلف على ثوب مروي لا غير
لان المدعا عليه يستحلف على ما يدعيه لا على ما اقر به الا انه جمع بينهما
للتاكيد وان لم يكن شرطا في الاستحلاف ٥ ولو ادعى على رجل انه حرق ثوبه

او افسد متاعه او هدم حائطه او ذبح شاته او فقأ عين عبده او دابته
او جنى على شيء من ماله فنقصه ان كان النقصان فاحشا فصاحبه بالخيار
وان كان يسيرا واراد المدعي استحلافه فيحلفه بالله ما له عليه قيمة
النقصان وهي كذا في الذي ادعى ولا شيء منها وان كان الثوب غائبا فالقاضي
يقول للمدعي كم نقص هذا الحرق ويكتبه حتى يحلفه عليه لان الدعوى
لا تصح الا بعد معرفة المدعى به ومعرفة الغائب ببيان القيمة والصفة
واما النوع الثاني وهو ما ادعى على رجل انه وضع على حائطه خشبة
او بنى عليه بناء او اجرى على سطحه او في داره ميزابا او فتح في حقه
بابا او رمى في ارضه ميتة او ترابا ونحو ذلك مما يجب على صاحبه نقله واراد
استحلافه على ذلك فانه يحلفه على السبب بالله ما فعلت هذا لانه ليس في
التحليف على السبب هنا ضرر بالمدعا عليه لانه بعد ما ثبت هذا الحق للمدعي
وهو استحقاق رفع هذه الاشياء عن ارضه لا يتصور سقوطه بسبب من
الاسباب فانه لو اذن له في الابتداء ان يضع الخشبة على حائطه او يلقي الميتة
في ارضه كان ذلك اعارة منه ثم متى بدا له كان له ان يطالبه برفعه ٥
وان باع منه ذلك لا يجوز لان هذا بيع الحق وبيع الحق لا يجوز ٥ وكذلك ان ادعى
على رجل انه شق في ارضه نهرا او ساق الماء فيه الى ارضه وصحح دعواه
ببيان حدود ارضه وبيان موضع النهر من هذه الارض وقدر طوله وعرضه
واراد استحلافه على السبب بالله ما احدثت هذا في ارضه لانه ليس
في تحليفه على السبب ضرر بالمدعا عليه ٥ وان ادعى صاحب الخشبة
على صاحب الحائط انه كان له على هذا الحائط خشبة فوقع او قلعها صاحب

لحائط يمنعه من وضع الخشب عليه وصح دعواه سار عنده وصفته وموضعه
من الحائط ثم أراد استحلافه على السبب لجواز ان يكون طرحه وقلعه بحق فان لم
يكن له حق وضع الخشبة لكن يحلفه على الحاصل بالله ما لهذا في هذا الحائط
مواضع هذه الخشب وهو كذا وكذا خشبة في موضع كذا من الحائط
حق واجب وكذلك ان ادعى مسيل ماء او طريقا في دار رجل يحلفه على الحاصل
بالله ما له هذا الحق الذي ادعاه في هذه الدار التي بيده وكذلك ان ادعى على رجل
انه حفر في ارضه حفيرة امر ذلك بارضه يحلفه على الحاصل بالله ما له هذا
الذي ادعاه ولا يحلفه على السبب لان فيه ضررا بالمدعا عليه لجواز انه ابراه عن ذلك
او اوفاه النقصان ٥

باب من يتوجه عليه اليمين ومن لا يتوجه

المبسوط قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا
يحلف المدعا عليه الا بطلب المدعي تحليفه وقال ابو يوسف وابن ابي ليلى يحلفه
بدون طلبه حتى لا يحلف الشفيع بالله لقد طلبنا الشفعة حين علمت بالشراء
ولا يحلف المرأة اذا بلغت واختارت الفرقة بالله لقد اخترت الفرقة حين
بلغت ولا يحلف المشتري في الرد بالعيب بالله انك لم ترض بهذا العيب
وعرضه على بيع منذ رايته الا بطلب الخصم وعندهما يحلفه بدون طلب
الخصم وان كان المدعي غائبا يحلف المدعا عليه بالاجماع بان اخذ عبدا ابقا
وحبسه ثم اقام رجل بينة انه عبده لا يقضى له ما لم يحلفه بالله ما بعته
ولا وهبته ولا خرج عن ملكك بوجه ما وكذلك القاضي لا يفرض النفقة
في مال زوجها الغائب ما لم يحلفها بالله ما اعطاك نفقتك حين خرج
لهما ان القاضي نصب ناظرا للمسلمين وتمام النظر ان يحلفه بدون طلب

المدعي لانه ربما لا يعرف المدعي الرضا بالاسباب الا بالتصريح ولنا ان القاضي
نصب لفصل الخصومة واطفائها لا لتهييجها وانشائها وفي تحليف المدعا عليه
بدون طلب المدعي انشاء الخصومة وليس له ذلك وجهل المدعي بوجوه الرضا
لا يعتبر رضا لانه جهل في دار الاسلام بخلاف ما لو كان المدعي غائبا لانه عاجز
عن طلب اليمين بنفسه فكان للقاضي ان يطلب ذلك نظرا للغائب لانه
نصب ناظرا لمن عجز عن النظر لنفسه ٥ ولو استمهل المدعا عليه في اليمين
قالوا يجب ان يمهله برضا المدعي لان اليمين حقه فلا يملك القاضي تاجيل حقه
الا برضاه ٥ ولا يحلف الاب على تزويج ابنته الصغيرة متى انكر عند
ابي حنيفة خلافا لهما وان كانت البنت كبيرة لا يستحلف بالاجماع ٥ ولا
يمين على الاب فيما يدعى على ابنه الصغير وكذلك لا يمين على الوصي فيما يدعى
على ميت مالا او حقا لان اليمين انما كان لرجاء النكول الذي هو بذل او اقرار
والاب والوصي لا يملكان البذل والاقرار فلا يفيد الاستحلاف وكذلك لو
ادعى ان فلانا مات واوصى الى هذا الرجل وانكره الرجل او ادعى انه وكيل فلان
وانكر او ادعى المضارب على رجل انه استبضع اليه كذا فانه لا يستحلف
المدعا عليه لان المدعا به لم يكن حقا لازما لانه لو اقر به لم يجبر على القبول ولا
يصير وصيا ووكيلا وشرط صحة الدعوى ان يكون حقا لازما فاذا لم يكن
لازما لم يصح وكذلك لو ادعى ان فلانا الميت اوصى اليه والى هذا الرجل او ادعى
ان فلانا الغائب وكلني وهذا الآخر بقبض الدين وانكر الآخر الوكالة والوصاية
لا يستحلف على ذلك ولا يمين على الوكيل لانه نائب والنيابة لا تجري
في الاستحلاف ٥ ويستحلف العبد المأذون والمحجور والمكاتب لانه [illegible]

فائدة الاستحلاف النكول ونكوله هو لا يصح وقال بعض العلماء بان للمولى ان يمنع المدعي
من استحلاف العبد المحجور لما فيه ابطال حقه في الاستخدام كما ان للمولى ان يمنع
الامة المزوجة من الزوج لئلا يفوت حقه في الاستخدام وكذلك هذا
وان كان صبيا محجورا ولم يكن للمدعي بينة لا يكون له حق احضاره الى باب القاضي
لانه لا يتوجه عليه اليمين لانه لو نكل لا يقضى عليه بنكوله وان كان له بينة وهو
يدعي عليه الاستهلاك كان له حق احضاره لان الصبي يؤاخذ بضمان افعاله والشهود
يحتاجون الى الاشارة اليه لكن يحضر معه ابوه لان الصبي لا يلي بنفسه شيئا فيحضر
الاب حتى اذا لزمه شيء يؤمر الاب بالاداء عنه من ماله والصبي المأذون هل
يستحلف عن محمد فيه روايتان في رواية هذا الكتاب انه يستحلف لان فائدة
الاستحلاف النكول والنكول بذل او اقرار وكلاهما منه صحيح اذا كان
من صنيع التجار وفي رواية لا يستحلف لانه لا يتعلق بيمينه اثم ولا مغرم
وهو الكفارة فلا يبالي ان يحلف كاذبا فلا يفيد تحليفه والكافر يستحلف
لانه يتعلق بيمينه مأثم لان الكذب محظور في الاديان كلها واختلفوا
في الدين المؤجل هل تتوجه اليمين على المدعى عليه قبل التوجه واستدلوا
بالعبد المحجور قبل التوجه وهو الاظهر وفرقوا بينهما والفرق
وهو ان التاخير والتاجيل في الدين المؤجل ثبت بدليل موجب للتاخير وهو
التاجيل من صاحب الدين فتاخرت المطالبة مطلقا فلم يتوجه الاداء اصلا
وفي العبد المحجور لم تتاخر المطالبة بدليل موجب للتاخير الا ترى انه
لو كفل به انسان صح ويطالب به في الحال لكن تاخرت المطالبة ضرورة
العسرة فلا يظهر التاخير في حق توجه اليمين كما لو ادعى دينا على

معسر حر ويحلف فانه تتوجه اليمين عليه وكذا هذا ٥ رجل حلف بعتق
عبده ان لا يزني ابدا فادعى العبد عند القاضي انه قد زنى بعد يمينه وعتق
او ادعى القاذف على المقذوف انه صدقه انه قد زنى لا يستحلف المدعى
عليه في رواية الحدود لان المعتبر الحكم المتعلق بالزنا والمقصود المدعي
والحكم المتعلق بالزنا الحد والاستحلاف لا يجري فيه وفي رواية الخصاف
يستحلف لان مقصود القاذف اسقاط الحد عن نفسه ومقصود العبد
اثبات الحرية وكلاهما يثبت مع الشبهات بدليل انه يثبت بشهادة
رجل وامرأتين فيجري فيه الاستحلاف ٥ ولو اراد المدعي استحلاف المدعى
عليه فقال المدعى عليه قد حلفني على هذه الدعوى عند قاضي كذا وانكر
المدعي ذلك وطلب المدعى عليه يمينه فالقاضي يحلفه لانه ادعى عليه شيئا
لو اقر به المدعي لزمه لان المستحق عليه يمين واحدة ولهذا جرى الرسم ان
المدعى عليه اذا حلف فان القاضي يبذل له الخط حتى لا يحلف مرة اخرى فاذا
اقر به لزمه فاذا انكر يستحلف فان حلف له ان يحلف المدعى عليه على المال
وان نكل عن اليمين لم يحلف المدعى عليه لانه اقر انه لا حق له قبله ٥ ولو قال المدعى
عليه ان المدعي ابراني من هذه الدعوى يحلفه انه ما ابراني منها فانه يحلفه
لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف عليه ٥ رجل مات
وترك بنتا واخا ومالا فقالت البنت المال كله لي اشتراه لي ابي وكان
وكيلي والاخ يدعي ان المال كله للاب فاليمين على الاخ لا على البنت لانها اقرت
بان الاب هو الذي اشتراه فيكون القول قول الاخ ان المال كله للميت
مع يمينه ٥ رجل اودع عند رجل دراهم في كيس او متاعا في صندوق

ولم يبرز ولم يعده على المودع ثم ادعى انه اكثر من ذلك فلا ضمان ولا يمين عليه لانه لا يدعى
عليه تضييعا حتى لو ادعى التضييع او الخيانة فعليه اليمين ۞ فصل

واذا توجهت اليمين على الورثة يستحلف الكل ويمين الواحد لا ينوب عن الباقين
واذا توجهت اليمين لهم على غيرهم فاستحلاف احدهم كاستحلاف الباقين
والفرق ان كل واحد منهم لا ينتصب خصما عن نفسه وعن الباقين في الحلف
لان النيابة لا تجرى في الحلف واحدهم ينتصب خصما عن نفسه وعن الباقين فيما
يدعى على الميت لان النيابة تجرى في الاستحلاف فيصير استحلاف احدهم كاستحلاف
الكل وكذلك لو ادعى رجل على احد الشريكين حقا من شركتهما فله ان يحلفهما
ولو ادعى احد شريكي المفاوضة او العنان حقا على رجل للشركة فاستحلفه احدهما
لم يكن للآخر ان يستحلفه ۞ وكذلك لو ادعى عشرة نفر على رجل حقا بسبب الشراء
فلكل واحد ان يستحلفه لان احد المشتريين لا ينتصب خصما عن الباقين ۞ فان
كان في الورثة صغير او غائب وقد ادعى على الميت حق يحلف البالغين
الحاضرين ويؤخر بالصغير حتى يدرك والغائب حتى يقدم ثم يحلفان لانه يتعذر
تحليف الصغير والغائب فيؤخر الى ان يمكنهما التحليف ۞ رجل اشترى غلاما
فادعى انسان ان الغلام كان له وانه اعتقه مذ سنة يسأل المدعى البينة على
ما يدعى من الملك دون العتق لانه اذا اقام البينة على الملك ثبت الملك باقراره
وان لم يكن له بينة فله ان يستحلف المشترى على دعوى الملك لان الدعوى قد صح
فتتوجه اليمين وروى ابن سماعة عن محمد في رجل تزوج امراة وابنتها
في عقد متفرق ولا يدرى ايتهما الاولى فانه يحلف لكل واحدة منهما بالله ما
تزوجها قبل صاحبتها والقاضى يبتدئ بايتهما شاء وان شاء اقرع بينهما فان حلف لاحد
جنبتها

عوض ~~ ~~ اصل

ثبت نكاح الاخرى وان نكل له في لزمه وبطل نكاح الاخرى يعنى اذا
ادعت كل واحدة منهما انه تزوجها اولا ۞ رجل في يده عبد او عرض
ادعى رجلان كل واحد منهما انه غصبه منه او البيع او الهبة منه
فاقر به لاحدهما ودفع العين الى المقر له او نكل عن اليمين فللآخر ان يستحلفه
لانه ادعى عليه شيئا لو اقر به لزمه فاذا انكر يستحلف عليه ۞ وان ادعى
كل واحد منهما الوديعة او العارية في هذه العين فاقر به لاحدهما ودفعها
اليه عند ابى يوسف ليس للآخر ان يستحلفه لانه لو اقر به لا يلزمه الضمان
لان الاتلاف على الآخر انما حصل بدفع العين الى المقر له والدفع حصل بقضاء القاضى
جبرا فلا يوجب الضمان عليه وعند محمد يستحلفه لانه لو اقر به يلزمه الضمان
لانه بعقد الوديعة التزم الحفظ فالتزم الضمان بترك الحفظ فمتى اقر به للاول
فقد سلطه على الاخذ فصار تاركا للحفظ الواجب عليه ومضيعا
لها فيضمن كما لو دل سارقا على الوديعة واذا انكر يستحلف عليه ۞ وان
ادعى كل واحد منهما ملكا مطلقا قبله فاقر به لاحدهما ودفع
اليه ليس للآخر ان يستحلفه لانه لو اقر به لا يضمن للآخر ان عند محمد
لا يدعى عليه ضمانا بترك حفظ واجب عليه بالعقد فلا يضمن
للذى جحده بهذا الدفع العين الى المقر له الا ترى ان من ادعى عينا في يد
انسان فاقر به لابنه الصغير وقال انا مودع فيه من جهة فلان واقام
البينة يندفع عنه الخصومة واليمين واذا لم يضمن لا يستحلف ۞ فان حلف لهما
جميعا فطلب كل واحد منهما يمينه فالقاضى يحلفه لكل واحد منهما على
دعواه ويبدأ بايهما شاء وان تشاحا في ذلك اقرع تطييبا لقلبهما ونفيا

ليهمه البدل عن نفسه لا أن يكون ذلك واجبا عليه كما لو اجتمع الخصوم
عند القاضي كان له أن يبدأ بتحليف خصومه أيهم شاء وإن شاء أقرع فكذا
هذا فإن حلف لأحدهما ونكل عن اليمين فالقاضي يحلفه للآخر ولا يقضي
بالنكول للأول ولو أقر به لأحدهما قضى به له وليس الفرق بين النكول
والإقرار أن الإقرار موجب الحق بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي فحين أقر به
للأول ثبت الحق له فيمنع التسليم إليه وأما النكول ليس بإقرار صريحا
ودلالة لكن يصير إقرارا حكما بقضاء القاضي بأنه مقر فحين نكل للأول لم
يثبت الإقرار فلا يثبت الحق فلا يقضي ولو قضى بنكوله للأول نفذ قضاؤه
لأن القضاء وقع في محل الاجتهاد فإن من العلماء من قال إن المدعى عليه متى
نكل لأحدهما فالقاضي يقضي له لأن النكول إقرار دلالة فينفذ قضاؤه ودفع
إلى الأول فإن قال الآخر استحلفه لي فإنه إنما أقر لهذا ليدفع اليمين عن نفسه
فالقاضي يستحلفه له بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا
وكذا أقل منها فإن حلف فلا شيء عليه وإن نكل ألزمه القاضي القيمة له وإن
قال الآخر حلفه لي بالله ما هذا العبد لي فالقاضي لا يستحلفه على ذلك لأنه لو
أقر به بعد ما أقر بالعبد للأول لا يقبل قوله فلا يفيد استحلافه ولو ادعى رجلان
أحدهما أنه اشتراه منه وادعى الآخر أنه ارتهنه أو استأجره منه بألف
درهم فأقر به للمرتهن أو للمستأجر أولا فقال صاحب الشراء حلفه لي بالله
ما باعه منه فإنه يحلفه له لأن بيع المرهون والمستأجر يعقد صحيحا لازما
في حق البائع لأنه ملكه وليس للمستأجر والمرتهن إلا حق الفسخ فيملك
البائع الإقرار به فيفيد الاستحلاف فإن حلف انتهى الكلام وإن نكل

ثبت البيع وثبت الخيار للمشتري إن شاء صبر إلى أن ينفك الرهن وتمضي
المدة في الإجارة وإن شاء فسخ لأنه لم يرض بتأخير حقه فإن أقر لصاحب
الشراء أولا فقال المرتهن والمستأجر حلفه لي بالله ما رهنه أو آجره
منه لم يكن عليه في ذلك يمين لأن بعد البيع لا يملك الرهن والإجارة
فلا يملك الإقرار به فلا يفيد الاستحلاف وكذلك لو كانا مدعيين
للإجارة فأقر بها لأحدهما لم يحلف للآخر لأن إجارة المستأجر لا تصح على الأول

باب الوكيل أو الوارث أو الوصي إذا أراد استحلاف الغريم أو المودع وإقامة البينة عليهما

المبسوط ادعى رجل على
رجل أنه وكله فلان الغائب بقبض دينه أو وديعة عنده منه
والخصومة فيه فهو على أربعة أوجه إما أن أقر المديون بالوكالة
والدين جميعا أو جحدهما أو أقر بالوكالة وجحد المال أو أقر بالمال
وجحد الوكالة فإن أقر بهما أمر بدفع المال إليه ولم يكن هذا قضاء على
الغائب حتى إذا حضر الغائب وأنكر الوكالة كان له أن يأخذ ماله من المدعى
عليه لأن إقراره ينفذ عليه دون غيره وإن جحد كلاهما ذكر الخصاف
أن القاضي يكلف المدعي بإقامة البينة على إقرار الرجل بالمال
وبالوكالة له بقبض المال والصحيح أنه يكلف بإقامة
البينة على الوكالة فيثبت كونه خصما ولا حاجة إلى إقامة
البينة على إقرار الرجل بالمال ليثبت كونه خصما لأنه متى ثبت كونه

خصما باقامة البينة على الوكالة فبعد ذلك ان اقام البينة على المال يقبل
ويكون هذا قضاء على الغائب حتى لو حضر وانكر ذلك لا شيء له لان المدعا
عليه انتصب خصما عنه في اثبات الوكالة عليه لان ما يدعي على الغائب
سبب لما يدعيه على الحاضر فينتصب هو خصما عن الغائب وان لم
يكن له بينة على المال واراد استحلافه فالقاضي يحلفه بالله ما
لفلان بن فلان الفلاني ولا باسمه عليك هذا المال ولا شيء منه لانه
لما اثبت الوكالة بالبينة صار خصما مطلقا ٥ وان لم يكن للمدعي بينة
على الوكالة واراد استحلافه فالقاضي يحلفه بالله ما تعلم ان فلانا
الذي باسمه المال وكله بقبضه لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه
واذا انكر يستحلف عليه وان اقر المدعا عليه بالوكالة وانكر المال
صار المدعي خصما في حق استحلافه على المال واخذ المال منه متى
نكل او اقر به ولم يصر خصما في حق الخصومة حتى لو اقام البينة على
المدعا عليه لا يسمع لان المدعي انما يصير خصما بالوكالة والوكالة
تثبت باقرار المدعا عليه واقراره حجة على نفسه غير حجة على
الغائب فلا تثبت الوكالة في حق الغائب نظيره رجل ادعى ان فلانا
وكله بطلب كل حق له على هذا الرجل وان له عليه الف درهم واقر
المدعا عليه بالوكالة وانكر المال له ان يستحلفه ولم يكن خصما في اقامة
البينة ان هذا المال عليه ولو حلفه وجاء الغائب وانكر الوكالة
فالقول قوله ويكذبه هذا بخلاف الوكالة الثابتة بالبينة لان البينة

حجة مطلقة فالقضاء بها يتعدى الى الكافة والاقرار حجة قاصرة فالقضاء
به يقتصر على المقضي عليه ٥ واما اذا اقر بالمال وجحد الوكالة
فان اقام البينة على الوكالة صار خصما مطلقا فيؤمر بتسليم المال اليه
وان لم يكن له بينة واراد استحلافه يحلفه على ما قلنا فان حلف انتهى
وان نكل يثبت الوكالة في حق اخذ المال لا في حق الخصومة ٥ رجل عليه
دين او وديعة عنده لميت او لغائب فلا يخلو اما ان حضر الوارث او الوصي
او الوكيل او المشتري فان حضر الوارث وادعى ان اباه توفي ولم يترك
وارثا غيره وانكر المدعا عليه ذلك واراد الوارث استحلافه قيل
لا يستحلف عند ابي حنيفة وعندهما يستحلف والصحيح انه يستحلف
بالله ما يعلم ان فلانا مات وانه ابنه كما في الوكالة لما بينا وان حلف كلف
الابن اقامة البينة على وفاة ابيه وانه وارثه وان نكل صار مقرا بالنسب
والموت كما لو اقر بذلك صريحا فالقاضي يجعل الابن خصما في حق التحليف
على المال واخذه منه لا في حق اقامة البينة على اثبات المال واما
الوصي اذا حضر وادعى ان فلانا ابن فلان توفي واوصى الي بقبض دينه الذي
عليه ووديعته عنده وصدقه صاحب اليد فانه يؤمر بتسليمه اليه كما
في الوارث ٥ وان حضر الوكيل وادعى انه وكيل فلان الغائب وكله بقبض دينه
ووديعته فان صدقه المدعا عليه في ذلك يؤمر بدفع الدين اليه ولا يؤمر
بدفع الوديعة اليه وفي الوارث والوصي يؤمر بدفع الدين والعين اليه
والفرق ان الوديعة عين مال مملوك للمودع فما دام المودع حيا كان ملكه
وكان اقرار المودع ينفذ في حق القبض للوكيل اقرارا منه في ملك الغير فلا يقبل

واذا مات المودع صار الملك للوارث فلم يكن هذا اقرارا بثبوت حق القبض
للوارث في ملك الغير وللقاضي ولاية نصب الوصي في تركة الميت
وولايه امر المودع بدفع الوديعه اليه فاذا اقر انه وصيه اقتضاه
وامره بدفع الوديعه اليه واما المشتري اذا حضر وادعى
عينا في يدي رجل انه ملكه اشتراه من فلان الغايب وصدقه ما حب
اليد لا يامره القاضي بالتسليم اليه لان المشتري بسبب متجدد لحدث
لملك المال وكان المشتري مدعيا الملك بسبب جديد فلا بد
للقاضي ان يقضي بالملك والسبب ومتى قضى بالملك والسبب
كان هذا قضا على الغايب باقرار ذي اليد وهذا لا يجوز بخلاف الارث
لانه ليس بسبب متجدد لملك المال بل هو بقا على ملك الوارث بطريق
الاستخلاف فلا يكون هذا قضا على الغايب ٥ رجل اقر ان المال الذي
هو مكتوب في هذا الصك باسمه لفلان بن فلان وان اسمه عارية في
ذلك وانه قد وكله بقبضه وبالخصومة فيه صح فقد شرط
دعوى الوكالة بقبضه لصحة دعوى المال في ظاهر الرواية لان اصل
الدين قد يكون مملوكا لانسان ولا يكون له حق القبض كالثمن في بيع
الوكيل مملوك للموكل ولا يكون له حق القبض وكذا هذا وان ثبت
كون الدين مملوكا لكن هذا لا يثبت له حق القبض لا محاله لجواز ان يكون
المقر وكيلا عنه في المداينه والمعاينه ٥

باب ما لا يستحلف فيه المبسوط ٥

ولا يستحلف في الحدود الا في السرقه لان المقصود من اليمين النكول والنكول بذل او

اقرار فيه شبهه والحدود لا تقام بحجة فيها شبهه لانه يحتال للدرا فيها
الا ترى انها لا تقام بكتاب القاضي الى القاضي وبالشهادة على الشهادة وشهادة
رجل وامراتين وكذا لا تقوم بالنكول ويستحلف في السرقه اذا طلب
المدعي الضمان يحلفه بالله ماله عليك هذا المال ولا شي منه فان نكل يضمنه
المال ولا يقطع لان المال يثبت بالشبهات فجاز ان يثبت بالنكول ولا
يستحلف في اشيا اربعه عند ابي حنيفه وهي النكاح والرجعة والايلا
والنسب والرق والولا والاستيلاد وعندهما يستحلف لهما
لان النكول في باب المال انما صار حجة لكونه اقرارا لان الناكل يمتنع
عن اليمين الكاذبة عادة فيصير معترفا بالحق دلالة لان الكاذب
في الانكار متضرر والاقرار يصح في هذه الاشياء المخصوصه
وله انا لو اوقفنا على شرع الاستحلاف لفايدة القضا بالنكول والقضا
بالنكول هنا متعذر لانه لا يجوز ان يجعل النكول اقرارا لانه لو صار اقرارا
صار انكاره كذبا والكذب حرام ولا يجوز ان يجعل النكول بذلا لان البذل
والاباحه لا تجري في هذه الاشيا لان الابضاع والنفوس محترمة
لعينها حقا لله تعالى وللعبد فلا يباح باباحة العبد فاما المال معصوم
محترم حقا للعبد على الخلوص فيباح باباحته ثم عندهما كل نسب
لو اقر به المدعى عليه يثبت من غير دعوى المال كالبنوة والابوة
والزوجية والولا يستحلف عليه وكل نسب لو اقر به لا يثبت
الا بدعوى المال كالاخوة والعمومة ونحو ذلك لا يستحلف لان الاستحلاف
لرجا النكول الذي هو اعتراف شرعا ولو اقر انه اخوه او عمه لا يثبت

لانه يحتمل النسب على الغير فكان هذا اقرار على الغير فلا يصح الا اذا ادعى
بسببه مالا او حقا بان ادعى انه اخ المدعا عليه لابيه وان الاب مات
وترك مالا في يديه او كان زمنا معسرا وادعى النفقة عليه او ادعى
حقا وقال بان هذا الصغير الذي التقطته اخي وانكر ذو اليد او ادعى
بطلان حق الرجوع بان وهب لانسان هبة فاراد الواهب الرجوع فيها
فقال الموهوب له انا اخوك فيستحلفه بالاجماع لان المقصود هنا اثبات
المال والحق لا النسب والاستحلاف يجري في المال والحقوق وان كان
لا يجري في النسب ٥

باب اليمين على العلم والبتات

المبسوط اصله ان الاستحلاف
على فعل نفسه يكون على البتات وعلى فعل غيره يكون على العلم اصله
حديث القسامة فان النبي عليه السلام استحلف اليهود على فعلهم
على البتات بالله ما قتلتم واستحلفهم على فعل غيرهم على العلم
بالله ما علمتم فانهم على فعله وعلى فعل غيره كما في دعوى السرقة
والاجارة والغصب ونحوها فاليمين على البتات خلافا لابن ابي ليلى
لان اعتبار فعله يوجب اليمين على البتات واعتبار فعل غيره يوجب
اليمين على العلم الا ان ايجاب اليمين على البتات اولى لان فيها زيادة زجر
وردع عن اليمين الفاجرة لانه ربما اشتراه وهو لا يعلم بالشرا فلا يحنث
في اليمين على العلم ٥ رجل قدم رجلا الى القاضي وادعى ان له على ابيه
دين ومات ابوه وترك ميراثا في يديه فان انكر الموت فالقاضي
يحلفه على العلم بالله ما تعلم ان اباك مات لانه على فعل غيره وان

اقر بالموت وانكر الدين حلفه بالله ما تعلم ان لهذا على ابيك هذا المال
ولا شي منه فان حلف انتهى وان نكل استوفى الدين من نصيبه لان النكول
بذل او اقرار وكلاهما يصحان في حق نفسه دون غيره خلافا فان
اقام المدعي البينة على الدين يستوفى من جميع التركة لان احد الورثة
ينتصب خصما فيما يدعى على الميت فصارت البينة القائمة على
الواحد كالقائمة على جميع الورثة فيثبت الدين في جميع التركة
ولو اقر بالموت والدين وانكر وصول التركة اليه حلفه على البتات
بالله ما وصل اليك من ميراث ابيك المال الذي تدعي ولا شي منه لانه
يحلفه على فعل نفسه فيكون على البتات ٥ وان انكر الدين ووصول
التركة اليه حلفه بالله ما وصل اليك هذا المال ولا شي منه فاذا حلف
فاراد الطالب ان يحلفه على الدين وقال الابن كيف تحلفني وليس في
يدي شي من التركة قال الخصاف لا يقبل قوله ويحلفه على الدين على
علمه لان الحاجة الى اثبات الدين وفي اثبات الدين لا تقع الحاجة الى
وصول شي من التركة الى يده وفي اثبات الدين فايدة وانه متى استحلف
فاقر او نكل ثبت الدين فبعد ذلك اذا ظهر للاب وديعة او بضاعة
عند انسان لا تقع الحاجة الى الاثبات وكان فيه فايدة منتظرة من فيه
وقال بعض مشايخنا ليس له ان يحلفه ولو اقام البينة تقبل بينته
لان اليمين على طرف لسانه فمتى ظهر المال امكنه ان يحلفه فاما البينة
ربما لا يمكنه اقامتها في كل وقت لغيبة الشهود ونحو ذلك فسمعت
منه البينة قبل ظهور المال ولا يحلف قبل ظهور المال هذا اذا حلفه

على الوصول ولا على الدين وأما إذا أراد استحلافه على الدين والوصول
جميعاً فبكم يستحلف يميناً واحدة بالله ما وصل إليه هذا المال
ولا شيء منه من تركة أبيه ولا نعلم أن لهذا الرجل على أبيك ديناً من الوجه
الذي يدعي وقال عامة مشايخنا يحلف مرتين لأنه إنما يجمع بين اليمينين
إذا كانتا من جنس واحد وسببها متحد وهنا اختلف الجنس فإن اليمين
على البتات لا تجانس اليمين على العلم وسببها مختلف فلا يجمع بينهما بخلاف
القسامة لأن سببها متحد وهو القتل لكن يحلف مرة على الوصول على البتات
ويحلف مرة على الدين وكذلك إذا أنكر الموت والوصول فعند عامة
مشايخنا يحلف مرتين مرة على الموت على العلم ومرة على الوصول على البتات
رجل ادعى داراً في يد رجل فأراد أن يستحلفه فقال المدعى عليه هذه الدار
ورثتها عن أبي فعلي اليمين على العلم وقال المدعي بل وصلت إليك من غير ميراث
فعليك اليمين على البتات فإنه يحلفه على البتات لأن سبب استحقاق اليمين
على البتات قد تقرر وهو ظهور الدار في يده فيكون خصماً لهذا المدعي
بقوله وصلت إلي من جهة الميراث يريد إسقاط يمين البتات عن نفسه
ولا يقبل ذلك منه إلا بحجة . فإن قال المدعى عليه للقاضي أحلف هذا المدعي
أنها لم تصل إلي بالميراث حلفه القاضي بالله ما تعلم أنها وصلت إليه من
قبل ميراث أبيه لأنه ادعى عليه شيئاً لو أقر به لزمه وسقطت يمين البتات
عن المدعى عليه وإن حلف المدعي لم يثبت وصول الدار إلى المدعى عليه بجهة
الميراث ولو وجهت يمين البتات عليه فإن نكل ثبت الوصول بجهة الميراث
فحينئذ يستحلف المدعى عليه على العلم . رجل اشترى من رجل جارية

أو غيرها وقبضها منه ثم ادعى رجل أنه اشتراها من البائع قبل أن يشتريه
هذا منه فإنه يحلف صاحب اليد على علمه على السبب بالله ما تعلم أن هذا
الرجل اشتراها من البائع قبل أن تشتريه منه لأن المدعي يدعي عليه شيئاً
لو أقر به لزمه فإذا أنكر يستحلف على العلم لأنه استحلاف على فعل الغير
فإن قال ذو اليد للقاضي قد يشتريه إنسان ثم ينفسخ البيع وأنا أخاف
إن أقر بالشراء فخافه أن يلزمني فالقاضي يحلفه الآن على الحاصل بالله ما لهذا
الشيء له من الوجه الذي يدعي لأنه لما عرض فقد طلب النظر من القاضي فيجب
النظر له . أودع دابة عند رجل فركبها المستودع ثم هلكت الدابة
فقال المستودع هلكت بعدما نزلت عنها وقال المودع لا بل هلكت
قبل النزول فالقول قول المودع مع يمينه لأن المستودع أقر بالسبب
الموجب للضمان وهو الخلاف وادعى ما يبرئه فلم يصدق في البراءة إلا ببينة
كما لو قال أهلكت مالك بإذنك ثم كيف تستحلف المودع قال والحلف
على العلم بالله ما تعلم أنها هلكت بعد النزول لأنه يستحلف على فعل غيره
وهو عود المودع إلى الوفاق .

باب النكول عن اليمين

المبسوط

ويجوز القضاء بالنكول في باب الأموال ولا يرد اليمين إلى
المدعي وقال الشافعي لا يقضى بالنكول ولكنه يرد اليمين إلى المدعي فإن حلف
يأخذ المال وإلا فلا والصحيح قولنا لأن النكول دل على رجحان الكذب
في إنكاره لأنه لو كان صادقاً في إنكاره لأقدم على الحلف إذ لو لم يحلف
يتوى ماله لأن عندنا يقضى بمجرد النكول وعنده ينقل اليمين إلى المدعي
فيحلف غالباً فيقضى له بالمال فهذا صارف للمدعى عليه عن النكول إذ

لو كان صادقا في انكاره لان حب المال يحمله على اليمين الكاذبة عسى صيانة
للمال وكيف لا يحمله على اليمين الصادقة فلما امتنع عن اليمين غلب على ظن
القاضي انه انما امتنع عن اليمين الكاذبة فظهر كونه مبطلا وكون المدعي محقا
فوجب على القاضي تمكين المدعي من اخذ المال دفعا للظلم عنه ٥ ويجوز رد اليمين
على وجه الصلح وذكر في الجامع الصغير ان الصلح على اليمين جائز حتى
لا يكون له ان يستحلفه على ذلك ابدا فلما جاز الصلح جاز ايضا رد اليمين الى
المدعي على وجه الصلح وذكر في المنتقى لو قال الرجل لي عليك الف
درهم فقال المدعى عليه ان حلفت انها لك على دفعتها اليك فحلف وادّاها
اليه على الشرط الذي اشترطا فله ان يستردها منه ما لم يؤديها بغير
شرط لان التمليك المعلق بالشرط لا يصح والمرسل والمنجز يصح ٥ ولو قال
المغصوب منه كان قيمة ثوبي مائة وقال الغاصب لا ادري ما قيمته ولكن
علمت ان قيمته لم تكن مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه ويجبر على
البيان لانه اقر بقيمة مجهولة فاذا لم يبين يحلف على ما يدعي المغصوب
منه في الزيادة فان حلف يحلف المغصوب منه ايضا ان قيمة ثوبه مائة
ويأخذ من الغاصب مائة فاذا اخذها ثم ظهر الثوب فالغاصب بالخيار
ان شاء رضي بالثوب وسلم القيمة للمغصوب منه وان شاء رد الثوب
واخذ القيمة لانه لا يمكن القضاء بمائة درهم لانه لم يحلف الغاصب
ولا القضاء باقل ما يصلح ان يكون قيمة الثوب لانه اقر بغصب ثوب مجهول
الجنس فلا يدري القاضي اقل ما يصلح قيمة له فلم يبق وجه الا رد اليمين
الى المغصوب منه لانه مدعى عليه من وجه من حيث ان اخذ الاستحقاق

ثابت باقرار الغاصب فان الاقرار بقيمة مجهولة صحيح وانما الحاجة
الى فصل الخصومة واليمين شرعت لفصل الخصومة ويجوز ان تفصل
الخصومة بيمين المدعى عليه من وجه وهذه من خواص هذا الكتاب
ولا يقضى بالنكول في الحدود لان في الحدود لو رجع بعد الاقرار صح ولانها لا تقام
بحجة فيها شبهة ٥ ولا يقضى بالنكول بالقصاص في النفس بل يحبس حتى يحلف
وفي الطرف يقضى بالنكول بالقصاص عند ابي حنيفة وعندهما يقضى بالنكول
في النفس بالدية وفيما دون النفس بالارش لهما ان النكول حجة فيها
شبهة العدم لاختلاف العلماء في كونه حجة والقصاص عقوبة تندرئ
بالشبهات فلا يثبت بحجة فيها شبهة العدم والمال يثبت بحجة فيها
شبهة العدم وله ان النكول بذل لان شرعا الحاجة الباذل الى جوازه وهي
صيانة نفسه عن اليمين الكاذبة المهلكة وهذه الحاجة لا تندفع
الا بالبذل لانا لو انزلناه مقرا كذبناه في انكاره والضرر الذي يلحقه
بالكذب فوق الضرر الذي يلحقه بالبذل في الطرف فابيح البذل لدفع
الهلاك عن نفسه كقطع اليد اذا وقعت فيها الاكلة وكقلع السن
اذا اشتكى وجعا وهنا في البذل دفع الهلاك عن نفسه وهو اليمين
الكاذبة المهلكة لان حب الطرف يحمله على اليمين الكاذبة
عسى فكيف يصرفه عن اليمين الصادقة فدل نكوله على انه كاذب
في اليمين بخلاف النفس لان اهلاك النفس لا يبيح لدفع الهلاك عن نفسه
فكان لا يجوز

فصل

في النكول نوعان حقيقة وحكما اما
حقيقة ان يقول المدعى عليه لا احلف فالقاضي يقول له ثلث مرات

للعجز

احلف والا قضيت عليك بالمال للنكول اجلى للعجز وابلغ في ابلاء العذر

فان قضى القاضي بنكوله في المرة الاولى نفذ قضاؤه لان نكوله متعين للتورع

عن اليمين الكاذبة فقد وجد دليل القضا ولكن الامهال وترك الاستعجال

اولى ٥ فان قال في المرة الاولى لا احلف ثم قال في المرة الثانية احلف

لم قال في المرة الثالثة لا احلف يقضى عليه بالنكول لان بقوله في المرة

الثانية احلف لم يصر موفيا حقه في اليمين بخلاف ما اذا استمهل

المدعا عليه من المدعي ثلثة ايام بعدما قال في المرة الاولى لا احلف ثم

جا بعد ما مضى المهلة فابى اليمين فالقاضي يستقبل عليه عرض اليمين

ثلث مرات لان عرض اليمين انما يبقى معتبرا وفي الثانية لم يبق حقا

مستحقا للمدعي في المهلة فلا يبقى عرض اليمين معتبرا ٥ ولو قال المدعا

عليه بعد ما نكل عن اليمين ثلث مرات انا احلف يحلفه قبل القضا

بالنكول وبعد القضا لا يحلفه لان قبل القضا اثره في ابطال كلام المدعي

لم يعتبر وبعد القضا اثره في القضا فلم يعتبر وصار كرجوع الشهود قبل

القضا معتبر وبعده لما فيه ابطال القضا ٥ ولو قال لا اقر ولا انكر

لا يحلفه ويحبسه عند ابي حنيفة وعندهما هو منكر لانه لما نفى الاقرار

اولا بقوله لا اقر صار منكرا ضرورة لتضاد بينهما فقوله لا انكر بعد نفيه

الاقرار يقع لغوا كقوله انكر ولست بمنكر ولو قال ذلك على عكسه يكون

مقرا بالاجماع وله انه لم يظهر منه الانكار لانه نفى الاقرار والانكار

جميعا واليمين مشروعة في حق المنكرين بالنص فيحبس الى ان ياتي

بكلام لا يتماسك فيه واما النكول حكما وهو ان يعرض القاضي اليمين

والبينة صح

٢١٨

عليه ثلث مرات وليسكت كل مرة ولم يجبه يجعله ناكلا لانه امتنع

عن اليمين المستحقة عليه الا ترى انه لو سكت عن جواب الخصم يجعله

القاضي مجيبا له كذا هنا وهذا اذا لم يكن بلسانه افة فان كان

في لسانه افة تمنعه من الجواب او باذنه افة تمنعه من السماع

لا يجعل امتناعه عن اليمين نكولا حكما لانه ما لم يسمع ويقدر على

الجواب لا يصير ظالما فلا يجعل نكولا حكما ٥ ولو ساله القاضي

عن دعواه فسكت ولم يجبه فالقاضي يامر المدعي ان ياخذ

منه كفيلا حتى يسال عن حاله هل به افة تمنعه من السمع والكلام

فان ظهر انه لا افة به واعاده الى مجلس القاضي وادعى وهو ساكت

فالقاضي يعرض عليه اليمين ثلاثا ويقضي عليه بالنكول ٥

رجل ادعى عينا في يد رجل فقضى عليه بالنكول عن اليمين

ثم ادعى اخر تلك العين ان ذا اليد غصبها منه يستحلف

ذو اليد لان الاستحلاف للثاني مفيد لان القضا للثاني بايجاب

قيمة العين عليه متى نكل لان من نكل يقضى بقيمة العين ما خلا العقار

عندهما فانه لا يضمن للثاني ولا يمين عليه لان العقار لا يضمن عندهما

خلافا لمحمد فلا فائدة في الاستحلاف ٥ فان ادعى عينا في يد الوارث

وديعة عند ابيه او غصبا فاستحلف على علمه فنكل فقضى

عليه ثم جا اخر وادعى لم يستحلف لانه لا فائدة في الاستحلاف

فانه لو نكل لا يضمن للثاني شيئا لانه بالنكول يصير مقرا على ابيه

بان الوديعة على الثاني باقرار له وليس هذا للنكول الا انه

لم يكن ملتزما للحفظ حتى يضمن بالتضييع لانه لم يقبل الوديعة بل حصل المال
في يده امانة من غير ايداع منه ومثل هذا لا يضمن بترك الحفظ بخلاف
الفصل الاول فان هناك يصير ملتزما للحفظ وقد اتلف باقراره كله وفي
قول الثاني فيضمن فيفيد الاستحلاف وهذا اذا لم يكن في يد الابن
تركه سوى العين فان كانت في يده تركة سوى العين قال الفقيه
ابو جعفر البلخي انه يستحلف الوارث الثاني لان الثاني ادعى على الميت
تجهيل الوديعة بترك البيان وانه سبب للضمان ولو كان مدعيا على الميت
دينا وانكر الوارث يستحلف لان الاستحلاف يفيد اذا كان في يده
تركة ويبتني انه يمكنه الرجوع عن النكول الى الحلف قبل القضاء وبعده
لا يمكنه لان النكول دليل يحتمل فما لم يتصل به القضاء لا يكون حجة موجبة
كالبينة

باب التحالف عند اختلاف المتعاقدين

المبسوط واذا اختلف المتبايعان في الثمن
حال قيام السلعة والثمن دين والسلعة غير مقبوضة تحالفا
نصا وقياسا لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة
قائمة تحالفا وترادا ولان كل واحد منهما مدعي ومنكر لان البائع
يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر والمشتري يدعي تسليم المبيع
باقل الثمن والبائع ينكره وان كانت السلعة مقبوضة تحالفا
نصا لا قياسا لان البائع ان كان مدعيا ومنكرا فالمشتري ليس
بمدعي لان المبيع سالم له ملكا ويدا وان كان مدعيا صورة لا معنى
فيكون البائع منكرا صورة لا معنى واليمين لا تتوجه على المنكر صورة

لكنهما تحالفا نصا فيحلف البائع بالله ما باعه بالف كما يدعيه
المشتري ويحلف المشتري بالله ما اشتريته بالفين كما يدعيه
البائع وذكر في الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه بالف كما يدعيه
المشتري ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين كما
يدعيه البائع ولقد اشتراه بالف والصحيح رواية الاصل لانه انما
يحلف على دعوى خصمه لا على دعوى نفسه والبائع ادعى الفين فمتى
كان باعه بالف وتسع مائة لا يدعي الفين لانه يعلم ان المشتري لا يبالي
من الحلف على الالفين لانه لا يحنث في يمينه وكذلك المشتري
لو اشتراه بالف ودرهم لا يدعي البيع بالف لعلمه انه يحلف
البائع على الالف ولا يحنث فلم يجب اليمين باعتبار هذا
الوهم وفيه نوع خلاف السنة ولا ينفسخ البيع بنفس
التحالف ما لم يتفاسخا او يفسخ القاضي بينهما لان قوله عليه
السلام ترادا والتراد عبارة عن الفسخ ثم يقول لهما القاضي
ماذا تريدان فان طلبا الفسخ او احدهما يفسخ العقد بينهما قطعا
للمنازعة فان لم يطلبا تركهما حتى يصطلحا على شيء لان العقد لا ينفسخ
بالتحالف ولا يفسد وان صار الثمن مجهولا لان هذه جهالة طارية
والجهالة الطارية لا تفسد ويبدا بيمين البائع في قول ابي يوسف
فهو رواية عن ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف اخرا وهو قول محمد
ورواية الحسن عن ابي حنيفة يبدا بيمين المشتري لان اليمين وظيفة
المنكر والمشتري اشدهما انكارا لان البائع يطالبه بتسليم الثمن

عسى م

اولا وهو منكر وهو لا يطالب البايع بتسليم المبيع للحال فمن كان اشد
انكارا كانت البداية بيمينه اولى حتى لو كان البيع مقايضة او
صرفا يبدا بيمين ايهما شاء لاستوائهما في الانكار ولان المشتري هو المبدا
بحقوق العقد فانه هو المبدا بتسليم الثمن فيكون هو المبدا بالتحالف لانه
من حقوق العقد لانه وجب بسبب البيع ه ولو اختلفا في المبيع
حتى وجب التحالف فانه يبدا بيمين البايع على العبارة الاولى لانه
اشدهما انكارا وعلى العبارة الثانية يبدا بيمين المشتري لانه
هو المبدا بتسليم حقوق العقد ولو اختلفا في المبيع والثمن جميعا ذكر
في كتاب الوكالة يبدا بيمين من بدا بالدعوى لانهما استويا في
الانكار فوجب الترجيح بالبداية فجعل البادي منهما مدعيا
والاخر منكرا كما لو ادعى زيد على عمرو الف درهم وانكر عمرو
ثم ادعى عمرو على زيد الفي درهم وانكر زيد يحلف كل واحد منهما
على دعوى صاحبه ويبدا بيمين عمرو لان زيدا سبقه في الدعوى
وانكار زيد اشدهما انكارا لانه انكر الفي درهم بخلاف ما لو
اختلفا في الثمن لان البايع منكر صورة ومعنى فكان اشد انكارا
وان ادعيا معا يبدا بيمين البايع لانه اشدهما انكارا معنى لانه
ينكر زيادة المبيع والمبيع اصل في البيع والثمن كالتبع له حتى
يجوز الفسخ باعتبار المبيع ولا يجوز باعتبار الثمن وفي رواية اخرى
عن ابي يوسف القاضي بالخيار يبدا بيمين ايهما شاء وان شاء اقرع بينهما
وان اختلفا في جنس العقد بان ادعى احدهما البيع والاخر الهبة او

في جنس الثمن بان ادعى احدهما الدراهم والاخر الدنانير ذكر محمد في الجامع
وقال لا يتحالفان قال مشايخنا المذكور في الجامع قولهما وعند محمد يتحالفان
وهو الصحيح لما مر ه وان اختلفا في الثمن والسلعة هالكة فان كانت
السلعة واحدة وهي هالكة عند المشتري او خارجة عن ملكه
او صارت بحال يمنع الفسخ بان ازدادت زيادة متصلة او منفصلة
او جنى المشتري عليها فالقول للمشتري عندهما ولا يتحالفان اذا كان
الثمن دينا وعند محمد والشافعي يتحالفان ويترادان القيمة لان كل واحد
يدعي عقدا غير ما يدعيه صاحبه وصاحبه ينكر لان العقد بالف غير
العقد بالفين ولهذا لو شهد احدهما على البيع بالف والاخر بالفين لا يقبل
لاختلاف المشهود به فصار كل واحد مدعيا ومنكرا ولهما ان
اليمين حجة المنكر حقيقة بالنص والبايع ليس بمنكر حقيقة
لان المشتري ليس بمدعي معنى لان السلعة سالمة له ملكا ويدا
فلا يكون البايع منكرا معنى ه ولهما اقام البينة قبل له
لان البايع مدعي حقيقة والمشتري مدعي صورة والدعوى
صورة تكفي لقبول البينة ولا تكفي لتوجه اليمين على خصمه لان
الشاهد لا يقف الا على الظاهر والمنكر يقف على حقيقة ضميره
وصار كالمودع على الانكار اقام البينة على رد الوديعة
يقبل لكونه مدعيا صورة ولا يحلف المودع على الانكار صورة
وان اقاما البينة فالبينة للبايع لانها اكثر اثباتا ه ولو ماتا او

أحدهما فاختلف الورثة قبل القبض لا يتحالفان لأن التحالف ثابت نصًا
لا قياسًا والنص ورد بلفظ المتبايعين ولم يوجد اختلاف المتبايعين
بعد الموت وعند محمد يتحالفان لأن الوارث قائم مقام المورث
في حقوق العقد ٥ ولو اشترى عبدين وقبضهما وهلك أحدهما
ثم اختلفا في الثمن فالقول للمشتري عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع
أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا وعند أبي يوسف القول للمشتري
في حصة الميت ويتحالفان في الحي وعند محمد يتحالفان عليهما ويردان
القائم وقيمة الهالك لأن عنده هلاك الكل لا يمنع التحالف
فهلاك البعض أولى ولأبي يوسف أن المانع من التحالف هو الهلاك
فيتقدر الامتناع بقدر المانع وذلك لأن المقصود من التحالف هو الفسخ
والفسخ إن تعذر في الهالك لم يتعذر في القائم ولأبي حنيفة أن التحالف
بعد القبض ثبت نصًا لا قياسًا والنص إنما ورد بالتحالف عند
قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها فإذا هلك البعض فات
الشرط فعاد الأمر إلى أصل القياس وعلى هذا الخلاف إذا انتقض أو جني
عليه المشتري واختلفوا في تفسير قول أبي حنيفة إلا
أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا قيل
معناه حينئذ لا يحلف المشتري وقيل معناه حينئذ
يتحالفان وهو الأظهر لأن حكم ما بعد الاستثناء يخالف حكم
ما قبله وما قبله القول للمشتري فيجب أن يكون ما بعده القول للبائع

ومتى وجب يمين البائع وجب يمين المشتري وإنما يتحالفان متى لم يرض
البائع أن لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا ويترك الدعوى في الهالك
فيجعل كأن الهالك لم يكن والبيع لم يرد إلا على القائم وتفسير التحالف
على قول أبي يوسف قيل يتحالفان على القائم لا غير والصحيح أنهما
يتحالفان عليهما كما هو قول محمد وهكذا ذكر محمد في الجامع
فيحلف المشتري أولا بالله ما اشتريتهما بالفين فإن نكل لزمه
وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بألف فإن نكل قضي عليه
وإن حلف يفسخ العقد في القائم ويسقط حصته ويلزم المشتري
حصة الهالك من الثمن الذي أقر به وهو أن يقسم الثمن على قيمتها
يوم القبض وإن استويا يلزم المشتري نصف الثمن الذي أقر به وإن
اختلفا يسقط من الثمن بقدر قيمة القائم ويلزمه حصة الهالك
بقدر قيمته أيضًا وكذلك إذا اختلفا في الإجارة قبل
استيفاء شيء من المنفعة فإنهما يتحالفان ويترادان لأن المعقود
عليه قائم وإن اختلفا بعد استيفاء جميع المنفعة لا يتحالفان
بالإجماع ويكون القول للمستأجر لأن الإجارة بمعنى البيع لأنها
معاوضة مال بمال والنص الوارد في البيع وارد هنا دلالة
وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المنفعة لا يتحالفان عندهما وعند
أبي يوسف يتحالفان في القائم ويكون القول للمستأجر فيما استوفى
من المنفعة فأبو يوسف مر على أصله وأبو حنيفة مر على أصله
ومحمد يفرق بينهما والفرق أن في البيع الهلاك لا يمنع الفسخ على

القيمة فلا يمنع التحالف وفي الاجارة يمنع الفسخ على القيمة لتعذر
والقيمة فيمنع التحالف ٥ ومتى وجب التحالف في الاجارة بدأ بيمين
الاجر على قول ابي يوسف الاول لانه بمنزلة البايع وعلى قوله الاخر وهو قول
محمد بدأ بيمين المستاجر لانه بمنزلة المشتري وكذلك في المزارعة لو اختلف
المزارع ورب الارض في البذر والربع قبل المزارعة تحالفا وترادا وبدأ
بيمين من كان البذر من قبله لان المزارعة بمنزلة الاجارة وقد مر في المزارعة
مع فروعها ٥ وكل ما يمنع الفسخ يمنع التحالف وما لا فلا خلافا لمحمد
لان التحالف يراد للفسخ اذ ليس للتحالف حكم اخر سوى الفسخ ٥ باع من رجلين
ثم باع احدهما نصيبه من شريكه ثم اختلفوا في الثمن فالقول للشريك البايع
في نصيبه ويتحالفان على الحصة التي لم يبع فسكت هذا عند ابي يوسف
وعند ابي حنيفة لا يتحالفان اصلا الا ان يرضى البايع احد البعض وعند
محمد البايع مع كل واحد من المشتريين يتحالفان بناء على ان تعذر
الفسخ في نصيب احد المشتريين يمنع الفسخ عند ابي حنيفة فيمنع التحالف
الا ان يرضى البايع لانا انما منعناه عن الفسخ لنفي ضرر عيب الشركة فاذا
رضي به كان له الاسترداد بالتحالف وعند ابي يوسف لم يمنع الفسخ في
نصيب الاخر فلم يمنع التحالف وعند محمد تعذر الفسخ لا يمنع التحالف
ولو تبايعا عرضا بعرض وهلك احدهما ثم اختلفا في القايم تحالفا لان
المقصود من التحالف هو الفسخ وفسخ العقد ممكن بعد هلاك احد العرضين
العرضين ٥ ولو اختلفا بعد هلاك السلعة فادعى البايع ان الثمن عين وادعى
المشتري ان الثمن دين لا يتحالفان لان المبيع في جانب البايع هالك فيكون

في الثمن للمشتري لان الملك فيه يستفاد من جهته ٥ وان ادعى المشتري
ان الثمن عين وادعى البايع انه دين تحالفا لان المبيع في جانبه قائم والفسخ
متصور فيحلف المشتري لانكاره ما يدعيه البايع ويحلف البايع لدعوى
المشتري ٥ ولو تحالفا وتفاسخا العقد وقد هلك احد العرضين في يد الاخر
رد مثله ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن مثليا لانه بقي مقبوضا في يده من
غير عقد فصار كالغاصب وذكر في ماذون الاصل لو قال اشتريت
منك هذا الثوب بعشرة دراهم على انه عشرة اذرع فوجده ثمانية
وقال البايع شرطت لك انه ثمانية كان القول للبايع والبينة
على المشتري لانهما اختلفا في صفة المبيع لان الذرع في الذرعيات
يجري مجرى الصفة متى لم يذكر لكل ذراع ثمنا واختلافهما
في صفة المبيع لا يوجب التحالف الا في السلم لانه ادعى زيادة في
المبيع انكرها البايع فيكون له كما لو ادعى انه اشتراه على انه
جيد وانكر البايع فالقول له الا في السلم ٥ ولو قال المشتري اشتريت
منك بعشرة على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم تحالفا وترادا لانهما
اختلفا في مقدار الثمن لان المشتري يقول اشتريت عشرة اذرع بعشرة
دراهم كل ذراع بدرهم لان الذرع يكون قدرا اذا سمى لكل ذراع
حصة من الثمن وقد وجدت ثمانية فعلى الثمن ثمانية والبايع يقول
لك الثمن عليك عشرة والاختلاف في مقدار الثمن يوجب التحالف
وذكر في شركة الاصل لو ادعى رجل على احد المتفاوضين شيئا او تاجر

دين او تسليم شفعة فاراد استحلاف الآخر يستحلف على علمه لان ما يلزم احدهما بالمداينة او بالاقرار او بالنكول يلزم الآخر بحكم الوكالة عنه فقد ادعى عليه معنى لو اقرّ به لزمه فاذا انكر يستحلف عليه لان فايدة الاستحلاف النكول ولو نكل لقضي عليه بالمال فيقدر استحلاف ايهما شاء ويستحلف على علمه لانه يستحلف على فعل غيره ٥ رجلان قال كل واحد منهما لرجل اودعتك هذه الامة فقال المودع لا ادري لايكما هذه الامة يحلف المودع لكل واحد منهما البتة لان كل واحد ادّعى على المودع عينا في يده لنفسه وانكر المودع ما ادّعاه عليه لانه اقرّ بالامة لاحدهما لا بعينه والمقرّ له لا يصل الى حقه فصار وجوده وعدمه بمنزلة ولو عدم الاقرار اصلا يحلف لكل واحد منهما على البتات فكذا هذا فان حلف توقف الامة حتى يصطلحا في ذلك او يقوم لاحدهما بينة وقال الشافعي يحلف على العلم اذا ادّعيا على المودع العلم كما لو كانا

الخامس

اشترى امة فماتت بعد القبض فقال المشتري اشتريتها بالف وهذا الوصيف وقيمتها خمسمائة وقال البائع بعتها بالفين فالقول للمشتري في ثلثي الجارية انه اشتراها بالف مع يمينه ويتحالفان ويحلف كل واحد منهما على دعواه فيحلف المشتري بالله ما اشتريتها بالفين ويحلف البائع بالله ما بعتها بالف وهذا الوصيف لانه لو حلف البائع على بيع ثلثها بالوصيف او حلف المشتري على اشتراء ثلثيها بثلث الالف لما يحنث في يمينه بان ينوي بذلك بيع بعضها بانفراده فالاحوط ان يحلف كل واحد منهما على جملتها واذا احلفا غرم المشتري ثلث قيمة الجارية مع الالف واخذ الوصيف لانه انفسخ البيع في ثلث الجارية ولزمه ردّه وقد عجز عن ردّه فيغرم قيمته وعند محمد يتحالفان في الكل لما عرف وان اختلفا على عكس ما ذكرنا فالقول للمشتري مع يمينه ويلزمه الفان لان البائع يدعي شراء الوصيف بثلث الجارية والمشتري ينكر ويدعي ان بدل الجارية كله ثمن دين فيكون القول له ولا يمين على البائع لان المشتري لا يطلب يمينه لانه يزعم ان المبيع هو الجارية وقد هلكت فان ادّعى البائع البيع بالفين والمشتري بمائة دينار ووصيف فالقول للمشتري مع يمينه في حصة المائة الدينار اذا قسمنا الجارية عليها وعلى الوصيف لان ثمنها دين ويتحالفان في حصة الوصيف لان ثمنها عين والغرم بثمنه مع المائة الدينار ٥ ادّعى المشتري بالف ومائة دينار والبائع بالفين فالقول للمشتري مع يمينه لان الاختلاف وقع في الثمن والسلعة هالكة وكذلك اذا ضم الى الدراهم شيئا مكيلا او موزونا او معدودا بغير عينه وهو بمنزلة الثمن وما كان معينا فهو بمنزلة يحلف البائع في قدره بالاجماع على ما وصفنا

الزيادات

وهي مسايل باب السلسلة وانها مبنية على اصول احدها ادّعى البائع بيع العبد من آخر والعتق عليه والثاني ادّعى البيع والعتق في نصف العبد والثالث ادّعى البيع بمائة دينار والعتق

والمشتري اقر بالشرا بالف درهم وانكر العتق والرابع لو تصادقا
على بيع نصف العبد ثم اعتق البايع الباقي قبل التسليم اما الاول
لو ادعى على اخر انه باعه منه هذا العبد واعتقه وانكرهما المشتري
يحلف المشتري على الشرا اولا فان نكل ثبت شراوه ثم يحلف على العتق لان
البايع يدعي عليه تاكد الثمن وتحول المبيع الى ضمان المشتري بالعتق لانه
يصير قابضا فان نكل ثبت العتق وتاكد الثمن وولاه له وان حلف لم
يعتق وان حلف على الشرا لم يحلف بعده على العتق لانه لم يثبت الملك
للمشتري فلا فايده في تحليفه على العتق لانه متى نكل لا يعتق عليه ولكن
يعتق على البايع باقراره انه مالكه اعتقه وولاه موقوف لان كل
واحد نفى العتق عن نفسه وان كان العبد في يد المشتري فانه يحلف
على الشرا ولا يحلف على العتق لانه لا يسمع دعوى البايع العتق بعد القبض
لانه انما يسمع لما فيه من اثبات القبض والقبض ثابت معاينه فلا
ينتصب خصما في دعوى العتق ولا يحلف وعتق العبد من غير دعوى فان
نكل بقي العبد مملوكا له وان حلف على الشرا عاد العبد الى البايع
وعتق باقراره وولاه موقوف والثاني لو ادعى البايع البيع
والعتق في نصف العبد وانكرهما المشتري يحلف المشتري
على الشرا فان نكل يحلف على العتق فان نكل عتق عليه وان
حلف على العتق عتق عند ابي حنيفه يسعى العبد في جميع قيمته
للبايع وكذلك عندهما ان كان المشتري
معسرا يسعى لهما في نصيبهما وان كان موسرا

فليس للبايع استسعا العبد بنا على ان احد الشريكين اذا شهد على
صاحبه بالعتق يسعى العبد للشاهد عنده بكل حال وعندهما
على هذا التفصيل ه ولو ادعى المشتري الشرا والعتق في نصفه وانكر
البايع ذلك قبل القبض فان كان البايع موسرا لا يسمع دعواه لانهما
تصادقا ان لا عقد بينهما لان البايع ينكر العقد اصلا والمشتري
بدعوى العتق على البايع يقر بانفساخ العقد لان عتق احد الشريكين
اذا كان موسرا لا يوجب السعايه على العبد لشريكه والمبيع لا
يجوز ان يكون مضمونا على البايع بالقيمه لانه مضمون بالثمن ولهذا لو
قتله البايع لا يضمن القيمه فلا يكون قايما بنفسه ولا بقيام
بدله وان كان البايع معسرا يسمع دعوى المشتري لانه وجبت
السعايه على العبد فيكون البيع قايما بقيام بدله وهو القيمه
فلا ينفسخ العقد ويتخير المشتري بين الفسخ والامضا ثم القاضي
يقول له ماذا تريد الفسخ او الامضا فان اراد الفسخ لا يسمع دعواه
لخلوها عن الفايده وان اراد الامضا يسمع دعواه فيحلف البايع
على البيع والعتق فان نكل ثبت ما ادعاه المشتري وكان له
ان يستسعي العبد في نصف قيمته وان حلف عليهما انتفيا وكان
العبد للبايع وان كان العبد في يد المشتري يسمع دعواه سوا كان
البايع موسرا او معسرا لان المبيع بعد القبض يجوز ان يصير مضمونا
على البايع بالقيمه كما لو اتلفه فالمشتري يدعي العتق عليه

يدعي عليه ضمان القيمة فيسمع والثالث لو قال البائع بعت منك
هذا العبد بمائة دينار واعتقته وقال المشتري اشتريته بألف درهم
وما اعتقته فعندهما يبدأ بيمين المشتري على العتق قبل يمين التحالف
لأن البائع ادعى هلاك المبيع بالإعتاق وهلاكه بعد القبض يمنع
التحالف عندهما وتحوله الى ضمان المشتري وكان البائع يدعي سقوط
التحالف والتحول الى ضمان المشتري فإن نكل عتق وسقط التحالف
ويكون القول للمشتري في الثمن مع يمينه وإن حلف على العتق
حينئذ يتحالفان في الثمن فيبدأ بيمين المشتري فإن نكل لزمه
مائة دينار والعبد له وإن حلف يحلف البائع على دعوى المشتري
فإن نكل فله الألف وإن حلف فسخ العقد بينهما ويعتق العبد
لأن البائع أقر بحرية عبد غيره ثم ملكه فينفذ إقراره ويكون ولاؤه
موقوفا وعند محمد يبدأ بالتحالف لأن هلاك المبيع عنده لا يمنع
التحالف واختلافهما في العقد سابق على اختلافهما في العتق فيترتب
الاستحلاف على ترتيب اختلافهما في الدعوى والرابع
لو تصادقا على بيع نصف العبد ثم اعتق البائع الباقي قبل التسليم
فإن كان معسرا وجبت السعاية ولم ينفسخ البيع وللمشتري
الخيار وإن كان موسرا انفسخ البيع عندهما وهو احدى الروايتين
عن أبي حنيفة لأن الضمان متعين وضمان القيمة لا يجب على البائع قبل
التسليم فينفسخ وفي رواية ابن سماعة عن أبي حنيفة لا ينفسخ

حتى يختار المشتري تضمينه لأن الواجب أحدهما إما الضمان
أو السعاية ويتعين باختياره فلا ينفسخ ما لم يختر الضمان ومتى
انفسخ البيع حتما في هذا حكما أو بنقض المشتري فلا سعاية للبائع
على العبد عندهما كأن العبد كله له واعتق بعضه وفي أوضح
الروايتين عن أبي حنيفة أنه يجب السعاية لأنه صار كأن كله له
ما اعتق بعضه بعد ثم مسائله على خمسة أصول الفصل
الأول ادعى على آخر أنه باعه عبده منه بمائة دينار واعتقه وقال
المشتري ما اشتريت إلا نصفه بخمسمائة درهم وما اعتقت العبد
يحلف المشتري على الشراء والعتق لأن البائع ادعى عليه شراء الكل
والقبض بالإعتاق والمشتري ينكرهما فإن نكل عنهما لزماه والولاء
له ثم عندهما يبدأ بيمين العتق فإن نكل عن العتق وعتق عليه يحلف
على شراء الكل وإنما يحلف على دعوى البائع وإن سقط التحالف بالعتق
لأنه لو حلف على دعوى نفسه يحتاج الى تحليفه على دعوى صاحبه
وعند محمد يبدأ بيمين الثمن لأن إعتاق المشتري عنده لا
يمنع التحالف وإن حلف عليهما عتق نصف العبد على البائع بإقراره
بعتق العبد الماكر ثم هو مالك له ولا سعاية عليه للبائع
لأنه ادعى قيمة الثمن على المشتري فيكون متبرئا عن السعاية
ونصف ولائه موقوف لأن كل واحد منهما ينفيه عن نفسه
وعند أبي يوسف الولاء كله للمشتري لأن الإعتاق عنده لا يتجزأ
ويخير في النصف المشترى في النصف الذي يدعي شراءه فإن نقض

المبيع فيه عتق على البائع ايضا بغير شيء لان البائع ابرأ العبد من السعاية
حيث يدعي على المشتري جميع الثمن فان امضى البيع فيه فله ذلك
ويسعى العبد له في نصف قيمته لان المشهود عليه بالعتق يستوجب
السعاية سواء كان شريكه موسرا او معسرا ويتصدق بما زاد
على خمسمائة ان اخذ بها دراهم لانه ربح ما لم يضمن لان المبيع لم يكن
في ضمانه وان اخذها دنانير لم يتصدق لان الربح لا يظهر عند
اختلاف الجنس فان قال البائع لا اسلم له بيع نصف العبد يقال
للبائع احلف انت ايضا بالله ما بعت منه النصف بخمسمائة وهذا
يمين التحالف لان المشتري قد حلف واخرنا يمين البائع لاحتمال بطلان
التحالف فاذا لم يمتنع وجب تحليف البائع فان نكل لم يكن له سوى
الخمسمائة وان حلف فسخ العقد وعتق النصف الاخر على البائع ايضا
بشهادته على صاحبه بالعتق ولا سعاية له لانه تبرأ من السعاية
ويقول حقي في الثمن قبل المشتري قال اسماعيل بن حماد وقال ينبغي
ان لا يتحالفان هنا لان التحالف انما شرع لدفع الضرر عنهما وفي شرع
التحالف هنا ضرر بالبائع لانه لم يسلم له شيء لا الثمن ولا السعاية قلنا
معنى دفع الضرر بالتحالف ان يعود الى كل واحد منهما ملكه وهنا
اذا فسخ العقد في النصف عاد الى البائع وعتق عليه باقراره فلا يلحقه
الضرر بالتحالف وانما يلحقه بحكم اقراره فان نكل المشتري عن اليمين
بالشراء وحلف على العتق لزمه العبد بمائة وهو حر كله ويسعى للمشتري
في نصف قيمته لا غير لانه اقر المشتري

في الابتداء ان نصفه قد عتق باقرار البائع بغير شيء لان اقراره صادف
ملكه فلا يصح رجوعه عنه فيعتق نصيبه ايضا بالسعاية لانه
مشهود عليه بالعتق وان حلف على الشراء ونكل عن العتق
فقد لزمه الشراء في نصفه وعليه ثمنه وعتق نصفه بنكوله
واما النصف الاخر فان كان موسرا فعليه الاقل من قيمته
ونصف الثمن للبائع لان المشتري اقر بنصف القيمة بالعتق
والبائع يدعي نصف الثمن فعليه الاقل لانه متيقن به والاكثر
مشكوك فيه وان كان معسرا فلا شيء للبائع سوى نصف
الثمن لان المشتري وان اقر بالعتق الا ان اعتاق المعسر لا يوجب
الضمان فلم يصر مقرا بالضمان ولا سعاية على العبد لان البائع
ابرأ العبد عن السعاية حيث ادعى الثمن على المشتري وكذلك
الجواب ان كان المشتري قبض العبد الا انه لا خيار للمشتري في نقض
البيع في النصف الذي ادعى انه اشتراه ويسعى في نصف قيمته ولا
يتصدق بالفضل دنانير كانت او دراهم ولا يتحالفان ما لم يرض البائع
خلافا لمحمد لان السلعة تغيرت في يد المشتري وضمانه فيطيب له
الفضل لانه حصل في ضمانه

الفصل الثاني

لو ادعى المشتري الاعتاق على البائع وهو ينكره فللبائع ان يحلف المشتري
على الشراء اولا لان الشراء اسبق من العتق ولا يبدأ بيمين البائع لانه لا
يفيد التحالف لان فائدة تحليفه النكول ولو اقر البائع وقال اعتقت
بعد ما بعت وكان اعتاقي باطلا يسمع لم يكن تحليف المشتري

قبل يحلف بالله ما اشتريته بمائة دينار كما يدعيه البائع و
تراد عليه لان يمين التحالف غير ساقطة عن المشتري لان في زعمه
ان البيع في نصف العبد تحول من العين الى القيمة وهي السعاية
باعتاق البائع وكان المبيع قائما بقيام بدله وهي القيمة
فبقي التحالف في زعمه وقال القاضي ابو حازم يحلف بالله ما اشتريته
بمائة دينار وقد اشتريت نصفه بخمسمائة كما تدعيه انت
لان هلاك المبيع متردد محتمل بين ان يكون قبل القبض او بعده لانه
لا يمكن اثبات العتق من جهة البائع لانكاره وعتق العبد باقرار
المشتري فيصير المشتري قابضا للعبد باعتاقه فيكون هلاك المبيع
بعد القبض ويحتمل العتق من البائع باعتبار زعم المشتري فيكون هالكا
قبل القبض فيحلف المشتري على دعوى نفسه وعلى دعوى البائع جميعا
عملا بالشبهين ٥ فان نكل لزمه العبد بمائة دينار وعتق كله نصفه
بسعاية لان في زعمه انه عتق على باعتاق البائع فنفذ ذلك اقراره بشراء
كل العبد وان نقض رجوعه عن الاقرار بالعتق لكن رجوعه يصح في حق
حتى يصح الشراء ولا يصح في حق بطلان العتق ووجوب السعاية حتى لا
يسعى العبد للمشتري الا في النصف خاصة ونصفه بلا سعاية عند ابي
حنيفة وكذلك عندهما ان كان البائع معسرا وان كان موسرا لا يسعى
في شيء لان احد الشريكين اذا شهد على صاحبه بالعتق يسعى للشاهد
بكل حال عنده وعندهما لا يسعى الا في حال اعسار المشهود عليه
وان حلف المشتري على الشراء فله ان يحلف البائع على العتق فان نكل
ظهر العتق من جهته في عبد باع نصفه ثم اعتقه قبل التسليم فيتخير

المشتري لانه تعيب في يد البائع حيث تحول الى السعاية وهذا عند ابي
حنيفة وكذلك عندهما ان كان البائع معسرا وان كان موسرا انتقض
البيع وهو حر على البائع لان المبيع فات الى خلف فان حلف البائع على العتق
وجب للبائع على المشتري خمسمائة التي اقر بها لانه تعذر السلعة
من جهة المشتري باقراره بالعتق فيلزمه البيع وعتق العبد عليه
ولا يسعى لواحد منهما في شيء لان البائع زعم ان حقه قبل المشتري في
الثمن لا في السعاية وعتق نصيب المشتري مضاف الى اقراره فلا
يكون له على العبد سعاية ولا خيار للمشتري في شيء من العبد ولا تحالف
لهلاك السلعة من جهة المشتري الا ان يرضى البائع فيتحالفان وان
كان المشتري حلف فيحلف البائع فان نكل اخذ خمسمائة وان حلف
فسخ البيع عند ابي حنيفة وكذلك عند ابي يوسف ان كان البائع معسرا
وان كان موسرا فلا سعاية على العبد ولا تحالف لان السلعة مستهلكة موسرا مع
باقرار المشتري بالعتق وعند محمد يتحالفان وعلى المشتري نصف
القيمة لان هلاك السلعة عنده لا يمنع التحالف فان كان المشتري
قبض العبد قبل اختلافهما فكذلك الجواب الا ان المشتري لا يتصدق
بفضل نصف القيمة على نصف الثمن ولا يحلف البائع على دعوى المشتري
العتق لانه لا يدعي عليه الا نصف ضمان القيمة ان كان موسرا او لو استحلف
فانما يستحلف في هذا خاصة ولا يجبر عليه بالتحالف لانه لا ينفسخ البيع
بسبب السعاية الواجبة على العبد بعدما وجبت بعد القبض ٥

الفصل الثالث لو ادعى البايع على المشتري الاعتاق
لما ادعاه المشتري على البايع حلف المشتري على الشرا والعتق
لان البايع بادي بالدعوى فتتوجه اليمين كلها على المشتري ابتدا
فان نكل فيهما لزمه العبد بما به تبايعنا وعتق كله عليه كانه اقر به
وان حلف عليهما فله ان حلف البايع على العتق لان نصف العبد بقي على
ملكه فان نكل نفذ اقراره بعتق العبد على ما مر وان حلف البايع عتق
نصفه بغير شي ونصفه بالسعايه والمشتري بالخيار لانه تغير
المبيع من العين الى القيمه حكما لا بصنع احد فكان بمنزلة ما لو
تعيب في يد البايع من غير صنع احد فان اختار البيع فللبايع منع
السعايه ويتحالفان عند ابي حنيفه وكذلك عندهما الا اذا كان
موسرا فلا سعايه للمشتري وان كان الاختلاف بعد القبض فالجواب
كما ذكرنا في الفصل الاول وان جرى التحالف الا عند محمد بخلاف الفصل
الاول الفصل الرابع ولو بدا المشتري فقال ما
اشتريت منك الا نصفه بخمسمايه درهم واعتقته ثم قال البايع بعت
كله بما تبايعنا واعتقته انت حلف المشتري على الامرين ولم
يحلف على العتق لحق العبد لان العبد بزعمه عتق من قبله فان ولاه له
وفي الفصل المتقدم يستحلف على العتق لحق البايع والفرق ان ثمه
الاستحلاف على العتق بدعوى البايع يوجب تاكد الثمن وتقرره ويجعل
المبيع في ضمان المشتري وبرمته وهاهنا تاكد الثمن ودخل في ضمان

المشتري من غير استحلافه لان الاقرار منه بالعتق منه بديا يكون
استهلاكا منه وبالاستهلاك يتاكد الثمن ويدخل في ضمانه فلا فايده
في استحلافه وان نكل ظهر جميعا وان حلف لا يظهر الشرا الا
في النصف ولا خيار له لانه تغير المبيع بقوله وهو اقراره بالعتق
بديا ولا يتحالفان الا اذا رضي البايع ه الفصل الخامس
ولو ادعى كل واحد منهما العتق معا بان خرج الكلامان منهما معا يجعل
المشتري بادبا بالدعوى فيبدا بيمينه لان دعوى المشتري العتق انفذ
واحق لانه مالك للتصرف احاطة ويقينا وملك البايع في مظنته
الشك والاحتمال فجعلنا دعواه اسبق لكونها احق لان الاصل ان كل
تصرفين اذا اقترنا وتقابلا واحدهما انفذ والزم يجعل الانفذ اسبق
واحق كمن تزوج حره وامه جاز نكاح الحره ويبطل نكاح الامه
لان نكاح الحره انفذ والزم فجعلناه اسبق واحق فكذا هذا
ولو قال البايع بعد اختلافهما في المبيع العبد حر ان لم اكن بعته بما به
تبايعنا ثم قال المشتري العبد حر ان كنت اشتريته منك الا نصفه
بخمسمايه او بدا المشتري وحلف ثم حلف البايع او حلفا جميعا
فالجواب فيه كما لو اقر بانشا العتق على التفصيل الذي ذكرنا
ولو لم يتناكرا البيع حتى بدا البايع فقال ان كنت لم ابعه منك
بما به تبايعنا فهو حر ثم قال المشتري ان كنت اشتريت منك
الا نصفه بخمسمايه فهو حر او بدا المشتري ثم ثنى البايع او
خرج الكلامان معا فهو بمنزلة ما لو بدا المشتري بدعوى

العتق وقد مر جوابه لان الخصومة انما تتم ولهذا صح بمقالة المشتري
فصار المشتري بما قال مدعيا على البائع انه كاذب في يمينه
بعتق العبد عليه فاول كلامه لا يصير شهادة بالعتق لعدم المنازعة
فيتوقف على آخره بخلاف ما تقدم لان هناك بانكار الشراء من المشتري
قد تحققت الخصومة ووقعت المنازعة فيمين البائع مدعيا
عليه العتق بدعوى السابقة انه كاذب في يمينه فيصيران
شهادة بالعتق في ساعة واحدة فكانهما ادعيا معا ٥

باب التحالف في اقرار البائع بملك المبيع لغيره

المبسوط اصله ان المضمون متى تعذر رده
بفعل المالك يبرئ الضمين عن الضمان لان المالك صار قابضا للمضمون
بالاستهلاك ومتى تعذر رده لفعل غيره يتقرر عليه الضمان
وبيانه لو قال البائع الجارية التي بعتها ملك هذا الرجل وكلفني ببيعها
وقال المقر له كنت بعتها منك بمائة دينار وقبضتها ثم بعتها لنفسك
فالجارية للمشتري بتصادقهما وبتوافقهما فان كانت الجارية غير
معروفة للمقر له تحالفا لان المقر يدعي الامر بالبيع والمقر له ينكر
والمقر له يدعي البيع منه والثمن عليه والمقر ينكره وكان كل
واحد منهما مدعيا ومنكرا ويبدأ بيمين المقر لانه في البداية
بيمينه تعجيل اليمين لان في نكوله سقوط اليمين عن المقر له لانه
متى ثبت البيع منه بنكوله سقطت الوكالة وليس في نكول
المقر له سقوط اليمين عن المقر لجواز انه وكله ثم باعه منه

فان حلف غرم المقر قيمتها لان الرد امتنع بفعله وهو بيعه وتسليمه
من غيره لا بفعل المقر له بدليل انه لو انكر المقر له البيع منه وجحد
الوكالة لم يرد الجارية عليه لانها اذا لم تكن معروفة للمقر له صح البيع
من حيث الظاهر وتعلق بها حق المشتري لان الظاهر من حال الانسان
ان يتصرف في ملك نفسه وصار الثمن الذي على المشتري للمقر لانه
ملك الجارية باداء الضمان من حين قبضها ٥ وان كانت الجارية معروفة
للمقر له فقيل يتحالفان كما لو كانت مجهولة والصحيح انه يحلف
المقر دون المقر له وقد نص محمد عليه في آخر هذا الباب لان المقر له
يدعي على المقر البيع منه والثمن عليه وانكره المقر وهو لا يدعي
على المقر له براءة نفسه عن الضمان لانه لا ضمان عليه ومقصوده
من دعوى الوكالة براءة نفسه عن الضمان فاذا لم يكن عليه ضمان فلا
طائل تحت هذه الدعوى فلا فائدة في تحليفه ولم يغرم المقر قيمتها
لان الرد امتنع باقرار المقر له بالبيع منه اذ لولاه لاخذ الجارية
الا ترى ان من باع جارية ثم اقر بها لغيره وهي معروفة للمقر له يردها
عليه ولو لم تكن معروفة لا يردها وكان فوات الرد بفعله ولا يضمن
المقر ويأخذ الثمن ان شاء والا فهو موقوف في يد البائع على التصديق المقر له
لان المقر يزعم ان الثمن ملك المقر له وكذبه المقر له فيه الا ان المقر مصر
على اقراره لانه اقر له بثمن الجارية بسبب البيع والبيع لم ينفسخ
فبقي مصرا على اقراره فيبقى على ما كان الى ان يصدقه باخذه وان كانت الجارية
ثمني

هالكه فالقيمه لازمه للمقر له مجهوله كانت او معروفه لان الرد لم يمنع باقرارنا بل لهلاكها ولو لم يبعها ولكن كاتبها والمسله بحالها يتحالفان سواء كانت
الجاريه معروفه للمقر له اولا اما تحليف المقر فظاهر واما المقر له فانه يحلف
على دعوى الجاريه متى كانت مجهوله لانها تدعى ان الكتابه وقعت باذنه ومتى
اذن اليه بدل الكتابه يعتق والمقر له ينكر ذلك فيحلف وان كانت مجهوله
وقد تحالفا لم ينقض الكتابه ويضمن المقر قيمتها لانه تعذر الرد بفعله وهو
الكتابه وعتقت باداء اليه والولاء له لانه ملكها باداء الضمان من وقت
القبض وان كانت معروفه لم يضمن وينقض الكتابه لان المكاتبه
عاجزه عن اداء بدل الكتابه لعدم من يودى اليه لان المقر له انكر
وقوع الكتابه له والمقر يقول كنت وكيلا في كتابتك وبدل الكتابه
يودى الى الموكل لا الى الوكيل والعجز عن اداء بدل الكتابه يوجب فسخها
بخلاف ثمن البيع لان المشتري يودي الى العاقد لان حق القبض له ولئن
عجز فالعجز عن الثمن لا يوجب فسخ البيع ٥ ولو كان المقر اعتقها والمسله بحالها
ان كانت مجهوله صح وعليه قيمتها والولاء له وان كانت معروفه فلا شى عليه
والولاء موقوف لان كل واحد منهما يقر بالولاء لصاحبه وصاحبه ينكر فالمقر
يقول اعتقتها بامرك ولك ولاها والمقر له يقول اعتقت عن نفسك ولك
ولاها ولو كان المقر دبرها فانهما مات عتقت بكل حال لتصادقهما عليه
لان المقر له يزعم ان المقر دبرها ملك نفسه والمقر يزعم انه دبرها عنه باذنه
فتكون الجاريه مدبره للمقر له الا انه لما ادعى انها مدبره وقف على عتقها لموت

ايضا وهو مالك لها فيصح التعليق بقدر تصادقا على عتقها لموت ايهما
كان والجواب في الولاء والضمان ما مر في الاعتاق ٥ وان كان المقر اشترى الدار
وقال هي امته زوجتنيها وقال المقر له بعتكها بمايه دينار فهي ام ولد
والولد حر لتصادقهما على حريته لان المقر له يقول استولدتها ملك نفسه
فعلق حرا والمقر يقول استولدتها بملك النكاح والولد علق رقيقا
للمقر له الا انه اقر بعتقه فيعتق باقراره وتعتق الام لموت الواطى ولا
تعتق لموت المقر له لانه يقول استولدها المقر بملك اليمين وصارت
ام ولد له فلا تعتق لموت غير مولاها وتعتق لموت الواطى لاقرار المقر له
بذلك ٥ ولو تصادقا على الايداع فادعى المودع انه امره بالبيع
فباعه وقال المودع بعت منك بمايه دينار ولعته لنفسك
والجاريه ماتت في يد المشتري فعلى المقر قيمتها في جميع الاحوال
لانه مودع تعدى في الامانه بالتسليم الى الغير لما ادعى البراه
عن الضمان بالامر بالبيع ولم يثبت لما حلف المنكر ٥

كتاب الدعوى

يحتاج الى معرفه مشروعيه الدعوى وتفسيره وركنه ومعرفه
المدعى من المدعا عليه وشرط جوازه وحكمه شرعيه اما
مشروعيته فلقوله تعالى وفصل الخطاب اي البينه على المدعى
واليمين على من انكر وروى محمد بن الحسن رحمه الله باسناده عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال لو ترك الناس ودعواهم لادعى قوم
دما قوم واموالهم ولكن البينه على المدعي واليمين على من انكر واما

تفسيره لغة فالدعوى في اللغة عبارة عن إضافة الشيء إلى
نفسه مطلقا حالة المنازعة والمسالمة يقال ادعى يدعي إذا
أضاف الشيء إلى نفسه وفي الشريعة يراد به إضافة الشيء إلى نفسه
حالة المنازعة والمشاجرة وأما ركنه ما هو تفسيره وهو
إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة بأن يقول هذه العين لي وأما
معرفة المدعي والمدعى عليه اختلفوا فيه قيل المدعي من يدعي ما ليس
بثابت والمدعى عليه من يتمسك بما هو ثابت وأن الملك ثابت لذي
اليد بظاهر اليد ولا يعرف ثبوت الملك للخارج إلا بما يقابل اليد المتصرفة
والحجة المبينة وإذا ادعى دينا على رجل فالرجل هو المنكر لأنه ادعى
ما ليس بثابت فإنه ادعى شغل ذمته بالدين والذمة في الأصل خلقت
بريئة خالية عن الحقوق والمديون متمسك بما هو ثابت وهو فراغ ذمته
فإن ادعى الإيفاء أو الإبراء صار مدعيا عليه لأنه ادعى ما ليس بثابت
وهو فراغ ذمته عن الدين بعدما ثبت شغلها بتصادقهما وتوافقهما
فينقلب مدعى عليه ه ولو ادعى رجلان دارا في يديهما يكون كل
واحد منهما مدعى عليه مدعيا فيما في يدي صاحبه مدعى
عليه فيما في يده وقيل المدعي من إذا ترك الدعوى يترك
وذلك والمدعى عليه من إذا تركه لا يترك وذاك بل يجبر عليه
وقد أشار محمد إلى أن المدعي من لا يكفيه مجرد الإنكار فيصير خصما
والمدعى عليه من يكفيه مجرد الإنكار فيصير خصما فإنه إذا
كان عينا في يد رجل فقال آخر هذه العين ليست بملك لابد

خصما حتى لا يسمع بينته ما لم يدع الشيء لنفسه ولو قال المدعى عليه
هذا الشيء ليس لي يصير خصما بمجرد الإنكار حتى يسمع بينته على أنه له
وإن لم يدع لنفسه لأنه لما نفى الملك له وثبت الملك له بظاهر يده
فكان مدعيا اقتضاء إن لم يكن مدعيا نصا وإفصاحا وأما
شرط جوازها فهو أن تكون الدعوى في مجلس القضاء على خصم
حاضر وأن يكون المدعى به معلوما لأنه إذا كان مجهولا لا يمكن
الشهادة والقضاء به وأن يلزم المدعى به المطلوب حتى لو
لم يلزم ذلك المطلوب بأن ادعى أنه وكيل فلان فإنه لا يسمع
دعواه إذا أنكر لأنه يمكنه عزله في الحال ه ولو كانت الدعوى غير
صحيحة وادعى المدعى عليه الدفع هل يسمع منه من غير تصحيح الدعوى
اختلفوا فيه والصحيح أن مدعي الدفع يطالب بتصحيح الدعوى أولا ثم
بإثبات الدفع وأما حكمه واستحقاق الجواب على خصمه إما بلا أو بنعم
فإن أقر ثبت المدعى به وإن أنكر يقول القاضي للمدعي ألك بينة فإن قال لا
يقول لك يمينه وأصله قصة الحضرمي والكندي فإنهما اختصما في
شيء بين يدي رسول الله صلى الله عليه فقال للمدعي منهما ألك بينة
فقال لا فقال لك يمينه ليس لك غير ذلك ه ولو سكت المدعى
عليه ولم يجب بلا أو نعم فالقاضي يجعله منكرا حتى لو أقام المدعي
البينة عليه يسمع لأن الإنكار ثابت ظاهرا

باب

ما يمنع صحة الدعوى وما لا يمنع

المبسوط أصله
أنه متى ثبت عند الحاكم تعارض القولين المتضادين المتنافيين من المدعي

في الدعوى منع استماع الدعوى كما لو ثبت عنده اختلاف القولين
من الشهود منع قبول الشهادة لان الحكم يستند الى موافقة الدعوى
والشهادة فكل ما له اثر في قدح الشهادة وتخريجها اثر في منع استماع
الدعوى فيبطلها وكل قولين امكن التوفيق والتلفيق بينهما لا يمنع استماع
الدعوى والشهادة صونا لمنطقه عن اللغو المعذى وحملا لعبارته على الصحة
والسداد باعتبار عقله ودينه ٥ الوكيل بالخصومة لو اقر على موكله انه
قبض دينه ثم ادعى عليه دينا لموكله لم تقبل دعواه لوجود اقرارين
متضادين منه فيكون مكذبا نفسه لكل واحد منهما ولو قال هذا لي ثم
قال هو لموكلي كنت فيه وكيلا تقبل ولو قال هذا لفلان فانه قد وكله بالخصومة
فيه ثم اقام بينة انه له لم تقبل وكذلك لو قال لفلان اخر وكلني بالخصومة فيه الا
ان يقول وكلني الاول ثم باعه من فلان فهو وكلني الثاني فيقضى للاخر لان ملك فلان
يجوز اضافته الى وكيله من حيث انه يتصرف فيه وكيله كالمستاجر يضيف
الدار المستاجرة الى نفسه بالسكنى فاما ملكه لا يجوز ان يضيفه الى غيره لانه
لم يكن لفلان ملك تصرف فيه فامكن التوفيق بين كلاميه في الاولى دون الثانية
ولو قال هذا لي ثم اقام البينة انه اشتراه منه او وهبه يقبل ولو قال
اولا اشتريته من فلان او ورثتها عن ابيه ثم اقام البينة انه له لا يقبل
والفرق ان قوله هذا لي يحتمل ان يعبر عن ملك اصلي قد يعبر عن ملك حادث
جديد الا ترى انه يصح ان يقول هو لي لاني اشتريته او ورثته فاما الشراء والارث
يفيد ملكا حادثا وتملك حادث لا يعبر عن ملك قديم الا ترى انه لا يصح ان يقول
ورثت ملكي ولا يصح ان يقول ورثت **التناقض** ذكر محمد في الكتاب ان

لو قال المدعي ليس لي بينة على دعواي هذا الحق ثم جاء بالبينة تقبل
لانه امكن التوفيق بينهما لانه يحتمل ان يكون كانت لي بينة ولكن
نسيتها ٥ وفي نوادر ابن شجاع قال ابو حنيفة اذا قال المدعي
ليس لي بينة على هذا الحق ثم اقام البينة على ذلك لم تقبل لانه اكذب
البينة وان قال ليس لي عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد له لم تقبل وفي ادب
القاضي للحسن بن زياد تقبل شهادته لانه يحتمل ان يكون له شهادة عنده
وقد نسيها وفي نوادر ابن رستم قال محمد اذا قال لا شهادة لفلان عندي
في حق بعينه ثم شهد له يقبل لانه يقول نسيت ولو قال لا اعلم لي
حقا لا اعلم لي حجة ثم ادعى حقا او جاء بحجة قبلت منه لامكان
الخفاء عليه وان قال ليس لي حق او ليست لي حجة ثم خاصم فيه
لم تقبل دعواه وتقبل بينته لان في الحجة يحتمل الخفاء وفي
الحق لا احتمال ابن سماعة عن محمد لو قال هذه الدار ليست لي او
لعبد في بيته ليس هذا لي ثم اقام البينة انها له يقضى له لان قوله
ليس هذا لي لم يثبت حقا لاحد وكل اقرار لا يثبت به حق
لانسان فهو ساقط الا ترى لو قال الزوج هذا الولد ليس مني ونفاه
وتلاعنا على نفي الولد انقطع نسبه عنه ثم قال هو ابني يصدق
كان بقوله ليس بابني لم يثبت نسبه من غيره فاسقط حكم
نفسه ولما ثبت نسبه من غيره يمنع ثبوته منه وذكر
هشام عن محمد رجل قال ما لي بالري حق في دار ولا ارض ثم ادعى واقام
البينة في دار وهذا انسان بالري يقبل فان قال ليس لي بالري في رستاق كذا

قال ابو حنيفة

في يد فلان دار او ارض ولا حق ولا دعوى ثم اقام البينة ان له في يديه دارا
او ارضا لا يقبل الا ان يقيم البينة انه اخذه منه بعد الاقرار ، رجل في يده
دار فقال له رجل ادفع الي هذه الدار اسكنها او اعطني هذه الدابة اركبها
او ناولني هذا الثوب البسه فابى ان يدفعها اليه ثم ادعاها السائل
انها له صح لانه يحتمل ان يقول لما قلت ادفع الي لاسكنها واركبها بحكم
الملك لا بحكم العارية ، رجل استاجر دارا ولم يعلم بحالها فقال هذه دار
ابيك مات وتركها ميراثا لك لا تقبل دعواه وكذلك لو اشترى جارية
منتقبة فلما كشفت نقابها قال المشتري هذه جاريتي ولم اعرفها
بالنقاب لا تقبل دعواه وبينته وان اشترى متاعا في جراب مدرج
او ثوبا في لفافة فلما اخرجه او نشره قال هذا متاعي تقبل دعواه
وبينته والفرق ان المعهود في الجدار والجارية المتنقبة قبل
البيع فاقدامه على الاستئجار والشراء اعتراف بالملك لغيره مما له
فهذه دعوى يعتريها الكذب من جهته فلا تقبل واما الثياب
الملفوفة او الموضوعة في الجراب لا يوقف عليها الا بعد فتح الجراب
ونشره والمعهود في ذلك انه يفتح الجراب ونشر اللفاف بعد البيع
فلا امكنه معرفتها وقت المساومة حتى لو امكنه معرفته في الثياب
وقت المساومة لا تقبل بينته وكل ما يمكن معرفته وقت المساومة لا
تقبل دعواه فيه وما لا يمكن معرفته عند المساومة تقبل دعواه ، وفي الجامع
الصغير اذا بيع متاع انسان بين يديه وهو ساكت لا يصح لان سكوته يحتمل
الرضا والسخط وقال ابن ابي ليلى سكوته اجازة منه بالبيع وفي الفتاوى

نشره صح

لابي الليث لو باع عقارا وابنه او امراته حاضر يعلم به وتصرف المشتري فيه
زمانا ثم ادعى الابن انه ملكه ولم يكن ملك ابيه وقت البيع اتفق مشايخنا
على انه لا تسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره عند البيع وتركه
فيما يصنع اقرار منه انه ملك البايع وان لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه
الحالة كالافصاح بالاقرار دلالة قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر
في الاضرار بالناس ، باع ضيعة ثم اقام بينة انه كان وقفها عليه وعلى
اولاده لا تسمع دعواه للتناقض لان اقدامه على البيع اقرار منه بانها
ملكه وان اراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك وان اقام البينة
على ذلك قيل تقبل لان الشهادة على الوقف تقبل من غير الدعوى
ومتى قبلت ينتقض البيع وقيل لا تقبل وهو اصوب واحوط
لان هاهنا باقامة البينة على كون الضيعة موقوفة عليه يدعي
فساد البيع وحق التقديم فلا تسمع للتناقض ، رجل ادعى دارا في يدي
رجل انها له فلما جحده قال المدعي للقاضي ان هذه داري وبينتي غيب
ولكني اساله ان يبيعها مني فساله فابى ان يبيعه فهو على دعواه لانه
ليس ذلك كمن اشترى ارضا فيها نخل فقال الشفيع سلمت الارض الي وما
ادعيت النخل ايضا بالشفعة فهو على شفعته ، رجل ادعى على رجل
انه اخذ منه مالا مسمى فاقام المدعى عليه البينة بان المدعي اقر بان
هذا المال المسمى لم ياخذه منه فلان فما انكره المدعي لا تبطل دعواه لان له
ان يقول اخذه ذلك منه ثم رده عليه واخذه هذا المدعى عليه
فامكنه التوفيق بينهما ولو شهدوا انه اقر ان فلانا وكيل هذا المدعي

ادعاها

عليه أخذه منه هذا المال فهذا الكذاب لتبينه لان قوله اخذه وكيله
هذا ابن الفلان ودعوى على وكيله ٥ ولو قال المدعا عليه لم يكن للمدعي علي شيء
قط ثم اقام المدعي البينه ثم اقام المدعا عليه البينه انه قد قضاه تقبل منه
لانه لم يكن لك علي شيء قط ولكن افتديت من خصومتك ٥ ولو قال لم يكن بيني
وبينك معامله في شيء فانه لا تقبل بينته على القضا ٥ قال ابو يوسف لو قال
لم تجر بيني وبينه معامله ولكن اخبرني شهودي هولاء انه ادعى علي حقا لم قال
اشهدوا اني قد ابراته ولم تجر بيني وبينه معامله قبل ذلك منه
ولو قال المدعا عليه للمدعي ما كانت لك علي الف قط وقد ادعيت
علي هذه الالف امس فدفعتها اليك تقول ما قبضت منك شيا
فصالحته من دعواه على خمسمايه ثم اقام المدعا عليه البينه على الدفع
لم تقبل ولا يرجع عليه بشيء لان هذا انما فدى يمينه ولو قال المدعا
عليه للمدعي صدقت قد كانت لك علي الف لكني قد قضيتها امس والمسله
بحالها رجع عليه بالالف التي قضاها وكان الصلح باطلا لان هنا لم يكن على
المدعا عليه يمين فلم يكن افتدا عن اليمين **الجامع** مسايله على اربعه
اوجه الاول لو قال هذا العبد لفلان ثم اقامت البينه انه اشتراه
منه بالف ولم يوقته سمعت لانه امكن التوفيق بينهما لان اقراره بالملك
للبايع يوكد شراه لان الشرا انما يصح من المالك فلا يصير مناقضا وانما يثبت
المناقضه بينهما اذا اتحد وقت الشرا والاقرار وفي اتحاده شك واحتمال
الجواز ان يكون الشرا بعد الاقرار فلا يثبت المناقضه بالاحتمال والثاني
لو قال هو لفلان اشتريته منه امس موصولا واقام بينه قبلت استحسانا

وان قال مفصولا بان قال هو لفلان وسكت ثم قال اشتريته منه امس
لا يقبل لان قوله هذا العبد لفلان حقيقته اخبار عن قيام الملك للحال
لانه مستعمل للحال حقيقه الا انه قد يراد به الماضي مجازا لان الشيء
قد يسمى باسم الماضي كما يقال هذا ثوب فلان باعنيه وهذا ثوب امير
خلعنيه ويراد به انه كان لفلان ثم انتقل الي فكذا هذا قوله اشتريته
امس يراد به كان لفلان ثم صار لي بالشرا وذلالة اراده المجاز هي
قرينه ذكر امس وكان هذا بيان تغيير لا بيان تقرير فيصح موصولا لا
مفصولا كالاستثنا والشرط بخلاف الفصل الاول لان لفظ كان يستعمل
للماضي لا للحال **الثالث** لو قال هو لفلان ومكث شهرا ثم اقام
بينه انه اشتراه منه ولم يوقت البينه يقبل لانه امكن التوفيق لاحتمال
انه كان لفلان راس الشهر ثم اشتراه منه بعد ذلك وانا احتمل الشرا
بعد الاقرار وقبله حمل على الموافقه ونفي عن المناقضه عن محمد رجل
في يده دار فاقر رجل اخر ان هذه الدار التي في يده انا بعتها منه
بالف درهم موصولا باقراره وانكر صاحب اليد الشرا او قال الدار
لي فاقام المقر البينه ان الدار داره تقبل بينته ولو قال ذلك مفصولا
لا تقبل بينته على الدار له **والرابع** لو قال هذا الفلان لا حق
لي فيه او قال كان لفلان لا حق لي فيه ثم اقام بينه تعد حين على الشرا
منه لا يقبل حتى يوقت الشهود تعده فتقبل لانه متى لم يحدد
الاقرار لم يعره عن البراه فقد نفى ان يكون له فيه حقا فلما ادعى
الشرا فقد ادعى لنفسه حقا وبين النفي والاثبات مضاده ومناقضه

لا يزول هذه المناقضة الا اذا اختلف وقت الشرا والاقرار فاذا اطلق
الشرا احتمل الشرا بعد الاقرار وقبله فلا تزول المناقضة بالاحتمال فاذا وقت
الشهود الشرا بعد الاقرار فقد زالت المناقضة بالبينة العادلة وتحققت
الموافقة فقبلت البينة ٥ ولو قال جميع ما في يدي لفلان ثم ادعى المقر له
بعد ايام عبدا في يده انه كان في يده يوم اقر وانكر المقر كونه في يده
فالقول للمقر لانه ينكر كينونة هذا العبد في يده وقت الاقرار تمسكا
واحتمال الاحتمال انه ملكه بعد الاقرار فوقع الشك في قطع يده
عنه واليد ثابتة له فلا تنقطع بالشك لان اليد المتصرفة تصلح
حجة للدفع بخلاف ما لو قال لا حق لي فيما في يد فلان ثم ادعى بعد
حين عبدا انه غصبه منه لم تقبل بينته لان المناقضة بين الاقرار
والدعوى ثابتة حقيقة فلا تزول هذه المناقضة ما لم يختلف وقت
العقد والاقرار وفي ذلك احتمال لانه احتمل حدوث الغصب بعد
الاقرار فلا يتناوله البراءة السابقة واحتمل البقا فلا تزول المناقضة
ولا تنقطع يده بالاحتمال

باب ما يكون اكذابا للشهود وما لا يكون

المسقا اصله ان جحود
الشي كفسخه ورفعه فيما يقبل الفسخ والرفع لان الجحود اخبار عن
النفي والعدم فيصير مكذبا للبينة القائمة على ثبوته ٥ امراة
ادعت على رجل انه تزوجها وانكر الرجل ذلك ثم ادعى تزويجها
واقام البينة تقبل ولا يشبه النكاح البيع في هذا حتى لو جحد البيع
ثم اقام البينة عليه لا تقبل والفرق ان البيع مما يقبل الفسخ

فينفسخ بجحوده السابق فيكون جحوده السابق اقالة لعدم البيع فيصير
مكذبا للشهود والنكاح لا يقبل الفسخ قصدا فلا يكون جحوده اعترافا
بعدم النكاح فلا يصير بجحوده السابق مكذبا للشهود الا ترى لو ادعى انه
تزوج هذه المراة على الف او على هذا العبد وانكرت المراة ذلك فاقام
بينة انه تزوجها على الفين او على هذين العبدين تقبل ويكون ذلك مهرا لها
لانه ما اكذب شهوده في المهر ولو كان هذا في البيع لم تقبل بينته لانه
قد اكذبهم ٥ رد المشتري الجارية المبيعة بعيب فجحد البائع البيع
فاقام المشتري البينة على الشرا منه وهي عوراء فاقام البائع البينة
انه قد بري اليه من العور لم تقبل بينته على البراءة عند ابي حنيفة
لان جحوده البيع اولا يكون انكارا للبراءة عن العيب فيصير مكذبا
لشهوده وقال ابو يوسف تقبل لجواز ان يقول ابرأني ولم ابعه
حيث طلبته فطلبت اليه البيع فابرأني فلم يصر مكذبا للشهود ٥ رجل
اقام بينة على شي في يد رجل انه له فقضي له به ثم اقام صاحب اليد البينة
على المدعي بانه اقر عند غير القاضي انه لا حق له فيه ان قامت هذه
البينة قبل القضا بطلت بينة المدعي وبعد القضا لم تبطل القضا
لان القضا وقع صحيحا ظاهرا فلا يبطل باكذاب المدعي شهوده
كما لو فسق الشهود او عموا او ارتدوا بعد القضاة ولو قضى القاضي
للمدعي بالمدعا به لنكول المدعا عليه ثم اقام المدعا عليه البينة انه كان
اشتراه منه قبل الخصومة يقضى له به لان نكوله لا يكون اكذابا للشهود

الجامع

الشري مسائله على فصول فصل في اختلاف الدعوى

والشهادة وفصل في تكذيب البينة وفصل في تكذيب الاقرار **فصل**
اصله ان الشهادة متى خالفت الدعوى لا تقبل قبل التوفيق فان امكن التوفيق لان المخالفة
بينهما ثابتة حقيقة ووقع الشك في زوالها لاحتمال التوفيق وعدمه فلا يحكم بالزوال
ما لم يقم دليل الزوال وهو التوفيق والتاليف مثاله ادعى الف درهم وشهد
الشهود بالف وخمسمائة لا يقبل ما لم يوفق المدعي فيقول كان لي عليه الف
وخمسمائة كما تشهد به الشهود الا اني استوفيت منه خمسمائة او
ابرأته عنها ولم يعلم الشهود فبذلك لا يقبل لان الاختلاف متى زال بالتوفيق فقد زال
التكذيب والتفسيق للشهود ٥ ادعى دارا في يد رجل انه اشتراها من فلان لعود
وشهود شهدا انها له لا يقبل لانهم شهدوا باكثر مما ادعاه المدعي لانه ادعى ملكا
حادثا لان الشرى سبب حادث فيكون الملك المستفاد به حادثا والشهود
شهدوا بملك قديم وهما مختلفان لان الملك المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق
المدعي بزوائده ولا يرجع الباعة بعضهم على بعض والملك المطلق اكثر
من الحادث لان فيه اثبات الملك في الاصل والزوائد جميعا ولا كذلك
في الملك الحادث والتوفيق بين الشهادة والدعوى متعذر لان الحادث
لا يتصور ان يصير قديما ولا القديم حادثا فلا تقبل الشهادة والدعوى
ولو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا بالسبب تقبل لان ادعى المدعي ابطالا انهم
شهدوا باقل مما ادعاه فهذا لا يمنع قبول الشهادة **فصل** اصله
ان في تكذيب الحجة ابطالها لان في تكذيب الشهود تفسيقهم ومتى زعم انهم
فسقة بارتكاب الكذب والافتراء او فسقه وشهادة الفاسق
مردودة وتكذيب المقر في اقراره لا يبطل اقراره لان الفسق لا يمنع صحته

لانه ملزم عليه ٥ اقام البينة انها داره فقضي له فقال المقضي له هي لفلان لا حق
لي فيها وصدقه المقر له لم يكن اكذابا للشهود حتى لا يرد الدار على المقضي عليه
ولا شيء على المقر لانه امكن الجمع والتوفيق بين اقراره والدعوى والشهادة لانها
تحتمل انها صارت ملكا للمقر له بتمليكها اياه بعد القضاء وتحتمل انها كانت له
قبل القضاء فوقع الشك في بطلان القضاء فلا يبطل بالشك ولم
يكن بين القضاء والاقرار زمان يتصور ويتكون فيه التمليك ولكن
تحتمل ان المقر باعها قبل الخصومة من المقر له على انه بالخيار ثلثة
ايام حتى لم يزل عن ملكه ثم انقضت مدة الخيار بعد القضاء وصارت
مملوكة للمقر له ومتى امكن التوفيق بين الاقرار والشهادة لم يصر مكذبا
لشهوده ٥ ولو اقر بذلك قبل القضاء بطلت الشهادة لانه وقع
الشك في صحة الدعوى والشهادة فبطلت فلا يجوز القضاء بالشك
فلا يبطل بالشك ٥ ولو قال هي لفلان ما كانت لي قط وصدقه المقر له
يرد الى المقضي عليه لانه متى لم يكن له قط لا يتصور بيعه وهبته منه
بعد القضاء فكان هذا اكذابا منه للشهود واقرارا ببطلان القضاء
والحق له فيبطل القضاء وهذا حكم بالبطلان بيقين لا بالشك ولا شيء
للمقر له على المقر لانه متى لم يكن له قط لا يصح اقراره انها لفلان لانه
لم يصادف ملكه فقد اقر بالدار لفلان ثم ادعى ما يبطله ولو صدقه المقر له
في ذلك والحق له فيصح تصديقه ويبطل اقراره كمن اقر بالف لرجل ثم قال ليست
علي وصدقه المقر له في النفي وان كذبه المقر له في قوله ما كانت لي قط وقال
الدار كانت للمقر ولكنه وهبها لي بعد القضاء فهي للمقر له والمقر ضامن قيمتها للمقضي

عليه لانها قربها لفلان وصح اقراره لما دفنه من حيث الظاهر وصارت ملكا
للمقر له وبقوله ما كانت لي قط رجوع عما اقر له لانه نفي ملكه فيها ابتدا الاقرار
عن عين المالك لا يصح فاذا كذبه المقر له في الرجوع لا يصح رجوعه وبقوله
ما كانت لي قط اكذب شهوده واقر ببطلان القضا الا انه عجز عن ردها
الى المقضي عليه فيضمن قيمتها قيل هذا قول محمد لان غصب العقار يتحقق عنده
وعندهما لا يتحقق فينبغي ان لا يضمن والصحيح ان يضمن عند الكل لان العقار يضمن
بالشهادة الباطلة والاقوال الكاذبة عند الكل فانه لو شهد شاهدان
بدار لانسان ثم رجعا ضمنا قيمة الدار للمقضي عليه وهذا لان الشهادة
قول والعقار يضمن بالاقوال كما يضمن بالعقود لانها موثرة في ازالة
الملك فيكون تلفه تسبيبا وكذلك لو بدا بالنفي ثم بالاقرار بان قال ما كانت
لي قط ولكنها لفلان لان المقر قصد صحة اقراره ونفاذ كلامه فيجب تصحيحه
وقد امكن تصحيحه بان يجعل الاقرار مقدما على جعل كانه قال هي لفلان
ما كانت لي قط تصحيحا لاقراره هذا اذا ذكر الاقرار موصولا بالنفي
وان ذكره مفصولا عنه لا يصح لان هذا بيان تغيير لا بيان تقرير فيصح
موصولا لا مفصولا لانه متى فصل بينهما بالسكوت لا يصدق في الاقرار
لانه اقر بعدما نفى الملك عن نفسه من الاصل الا اذا قال المقر وهبها لي ثم سلم
في غير مجلس القضا يصح اقراره ولو قال ذلك في مجلس القضا لا يحكم بصحة اقراره
لان القاضي علم انه لم يجر بينهما هبة بعد القضا هذا كله اذا اقر بعد
القضا فان اقر بذلك قبل القضا لا يقضى بها للمقر له الا ان يقول بعتها
منه او وهبتها له بعد شهادتهم موصولا به لانه ليس هاهنا تكذيب

الشهود فاذا لم يقبل هذا لا يمكن تصحيح القضا فلا يحكم بالصحة بالشك
فصل وان كذب الشهود في ما شهدوا به يوجب بطلان شهادتهم
كما لو شهدوا بالعين والمدعي ادعى القيا لا يقبل لان ذلك يوجب تفسيقهم
وقد جعلوا في الكل ولكذب المقر له في بعض ما اقر به لا يوجب بطلان اقراره
فيما صدقه لان فسق المقر لا يقدح في صحة اقراره فيرتد اقراره بقدر التكذيب
ويصح بقدر التصديق ثم اذا بدا بعد دعواه انها لفلان فقال فلان لم تكن لي قط
ولكنها لفلان وصدقه فلان فهي للمقر له الثاني بخلاف البينة اذا اكذب المقر
له المقضي له لم يرد الدار على المقضي عليه والفرق ان المقر له الاول
كذبه في قوله انها له وصدقه في قوله انها ليست لي وتكذيب المقر له
المقر في بعض ما اقر له لا يوجب بطلان اقراره فيما صدقه فبقي النفي عن المقر
صحيحا فثبت للثالث لان الثالث يدعيها ولا ينازعه فيها احد وفي البينة
المقضي له باقراره انها ما كانت لي قط لكنها لفلان كذب شهوده
في بعض ما شهدوا له وبقوله لكنها لفلان صدقهم في انها ليست للمقضي عليه
وتكذيب الشهود في بعض شهادتهم يوجب بطلان شهادتهم دار في يد
رجل اقام خارج البينة ان الدار ميراث له عن ابيه وقضي له فاقام اخر
البينة انه اشتراها من ابي المدعي في حياته وصدقه المقضي له رد
الى المقضي عليه لان المقضي له متى اقر ان اباه باعها من مدعي الشرا
حال حياته لا يتصور ارثها من ابيه فتعذر الجمع بينهما فصار
مكذبا شهوده فيما شهدوا له فانتقض القضا ٥

باب الدعوى والبينة في شي قد يدخل فيه المتصل به تبعا وضمنا

اصله ان البينة القايمة على الاصل
يوجب الحق للمدعي فيما هو متصل به ايصالا اعد للتابيد والقرار فيهما وفيما
كالبنا والشجر مع الارض لانه يصير تبعا للارض لانه اعد للتابيد والقرار ولهذا
يدخل في البيع من غير ذكر والبيع لا يخالف الاصل في حكمه وكل ما اعد
للقطع والفصل لا للبقا والقرار كالزرع والثمر لا يكون تبعا للارض ولهذا لا
يدخل في البيع من غير ذكره قال محمد رحمه الله لو شهدوا ان ارض هذه الدار
للمدعي ولم يزيدوا عليه شيا قضي بالارض وبالبنا والنخل والشجر له وكذلك
لو شهدوا ان هذه الحلقة الفضة لفلان او هذا الخف يدخل الفص
والحلية فيه تبعا لغير شهادة عليه ٥ رجل اقام بينة ان هذه
الدار له قضي بالارض والبنا للمدعي ثم اقام المدعا عليه البينة ٥
~~رجل اقام بينة انه بنا~~ على ان البنا له وانا بنيته فالقاضي يسال بينة المدعي عن
البنا فان قالوا انه للمدعي لم تقبل بينة المدعا عليه وان قالوا لا ندري
لمن البنا الا انا نشهد ان الارض للمدعي قضي بالارض له وبالبنا للمدعا
عليه وامر بهدمه وتسليم الارض الى المدعي لان القاضي لم يقض بالبنا
على المدعا عليه بالبينة مقصودا وانما قضى عليه بالبنا تبعا للارض لانه دخل في
القضا ضرورة قيامه واتصاله بالارض ٥ ولو اقام المدعي البينة ان الدار له
واقام الاخر البينة ان البنا له قضي بالارض لمدعي الدار وبالبنا لمدعي
نفسه لانهما استويا في البينة على البنا لان الشهادة على الارض شهادة

البينة صح

على البنا ضمنا واقتضا فان اقام المدعا عليه ان البنا كله له قبل القضا
او بعده لم يقبل لانه صار مقضيا عليه بالبنا املا مقصودا ٥ ولو شهد
شهود المدعي للدار على الارض وقالوا لا ندري لمن البنا قضي بالارض له وبالبنا
كله لمدعي البنا خاصة وكذلك النخل والشجر والثمر والخاتم والفص والسيف
والحلية في جميع ما وصفنا لك ٥ رجل اقر فقال ان هذه الدار وهذه الارض
لفلان ثم اقام البينة ان البنا او النخل والشجر له لم تقبل بينته ولو قال هذه
الدار وهذه الارض لفلان وبناها ونخلها وشجرها لي ثم اقام البينة
ان البنا والنخل له تقبل لان القاضي لم يقض عليه بالبنا لانه ما اقر
به صريحا ولا ضمنا وتبعا بل ادعاه لنفسه فلم يصر مقضيا عليه
فجاز له النقض بخلاف الاولى لانه صار مقضيا عليه بالبنا تبعا لانه اقر بالبنا
والنخل تبعا للارض ٥ ولو شهدوا ان الدار للمدعي ثم قالوا قبل القضا ان البنا
ليس له وانما هو للمشهود عليه فان قالوا ذلك في مجلس القاضي قبلت شهادتهم
وان قالوا ذلك بعد ما تفرقوا بطلت شهادتهم وضمنوا قيمة البنا للمدعا
عليه لانهم حين شهدوا على الدار فقد شهدوا على البنا فقد اثبتوا الحق
في البنا للمدعي واذا رجعوا فقد استهلكوا ملك البنا على المدعا عليه
وان قالوا لا ندري لمن البنا لم يضمنوا شيا لان ذلك ليس باكذاب منهم
شهادتهم وكذلك لو شهدوا بالقبض ثم قالوا بما الف فالقياس ان تبطل
شهادتهم لان هذا اكذاب لانفسهم ٥ وروى ابن سماعة عن ابي يوسف
لو شهدوا على رجل في دار في يده ثم قالوا قبل القضا انما شهدنا على العرصة
اجزت شهادتهم ولا يكون هذا رجوعا ولو قالوا ذلك بعد القضا ضمنا

قيمة البناء للمشهود عليه لان قبل القضاء ما يقف على المشهود عليه شيء لان البناء
لم يصر محكوما به للمشهود له ولانه وقع بين الشهادتين لان اسم الدار ينطلق
على العرصة غير المبني كما ينطلق على المبني فكان البيان واجبا عليهما قبل
القضاء فاذا لم ينفذ اشتد ركما ما اجملا في الرواية فصح واما بعد القضاء صار
البناء مع العرصة محكوما به لان الملك المشهود عليه فقد حصل التلف
بينهما كعهما في البيان لا يسمع ولا يقبل بعد القضاء فضمنا قيمته والله اعلم

القسم الثاني فيمن ينتصب خصما ومن لا ينتصب

باب من يكون خصما ومن لا يكون خصما

المبسوط مسائله على اربعة اوجه من يكون خصما في البينة وفي اليمين ومن لا
يكون خصما في البينة واليمين ومن يكون خصما في البينة لا في اليمين ومن يكون خصما
في اليمين لا في البينة الاول ذكر في الاجارات لو قال المستاجر استاجرت
هذه الدابة من الكوفة الى بغداد وقال رب الدابة الى قصر ابن هبيرة وهي
نصف طريق بغداد واقاما البينة فالبينة بينة المستاجر وله ان يحلف
رب الدابة والثاني ذكر في الوكالة لو ادعى على رجل انك اشتريت
هذا العبد من وكيلي فلان واقر المشتري بالشراء وانكر الوكالة لم
تقبل بينة المدعي انه كان وكيله بالبيع ولا يحلفه انه لم يكن وكيله
والثالث لو صالح المدعي مع المدعى عليه مع انكاره على بعض المدعى به
ليس له ان يحلفه في الباقي ولو اقام البينة على كل المدعى به تقبل وياخذ
الباقي وكذا الوكيل بالشراء اذا اراد ان يرد المبيع بالعيب فادعى البائع
رضا الامر بالعيب وانكر الوكيل ليس له ان يحلف الوكيل ولو اقام البينة

على رضا الامر يقبل ويبطل الرد والرابع ذكر في الزيادات
رجل اشترى عبدا وقبضه ثم اقر انه كان لفلان ودفع الى المقر له ثم اقام
البينة انه كان للمقر له حتى يرجع بالثمن على البائع لم تقبل بينته وله ان يحلف
البائع بالله ما كان للمقر له **المنتقى** المستبضع خصم عن المبضع حتى
لو ادعى انه باع عبد البضاعة بامر مولاه وقال المشتري قد بعته بغير
امر مولاه فالقول للمستبضع ويدفع العبد الى المشتري وكذا المشتري
من الغاصب خصم عن الغاصب حتى لو اقام البينة انه عبد فلان باعه من الغاصب
اياه تقضي له لان المشتري ينتصب خصما عن البائع في اثبات الملك للبائع
في المبيع لاتصال بينهما في سببية الملك وهو البيع ٥ وكذا المعتق في
المرض خصم عن الميت لانه بمنزلة المكاتب له والمعتق في الصحة ليس
بخصم عنه لانه نفذ العتق في الكل ولو ادعى مملوكا ليس في يده
انه له وقال المملوك انا مملوك فلان الغايب واقام العبد البينة
على ذلك لا يبقى خصما له لانه صار مملوكا للغايب والمملوك لا
ينتصب خصما عن مولاه وان لم يقم بينة على ذلك يكون خصما له حتى
تسمع بينة المدعي على العبد ويقضي به له بخلاف ما لو كان العبد
في يد رجل اقر بانه مملوك لرجل اخر لا يصدق لانه لما اقر بالرق فقد اقر
بسقوط يده عن نفسه وصار في يد صاحب اليد فسقط اعتبار قوله
الجامع ادعى على رجل انه فقا عين عبده في العبد حتى لا يسمع
الدعوى والبينة الا بحضرة العبد وعن القسم بن معن انه يقبل في حق
الارش كما في الدابة والصحيح قولنا لان القضاء بالملك في العبد متعذر

لان العبد هو خصم لانه ادعى الملك عليه وهو في يد نفسه لان لكل ادمي
يدا على نفسه يدا دافعه والاصل فيه الحرية ولهذا كان القول قوله انه
حر الاصل والعبد غايب فليس عنه خصم حاضر وتعذر القضا بالارش
له بدون الملك لانه لا يجوز ان يكون الارش لانسان والعبد لاخر ولما تعذر
القضا بهما وباحدهما توقف القضا الى ان يحضر العبد ولو لم يكن العبد
حيا يسمع ويقضى بارش العين لانه لا يد للميت فكان هذا بمنزلة عبد
صغير لا يعبر عن نفسه فامكن القضا بالملك في العبد من حين الجنايه
والارش له ٥ ولو اقام البينه انه فقا عين برذون له يقبل لانه ليس
للبرذون يد على نفسه ولم يعرف كونه في يد مالك وليس له منازع فكان
القول قول المدعي انه له فامكن القضا له ٥ ولان البرذون للقاضي ليس
بشرط لصحة الدعوى لانه ربما لا يمكنه اقامة البرذون واحضاره الا
بكلفة ومشقة وتلحقه مونة حتى لو كان حاضرا لا يجب اراءته
للقاضي انه فقا عينه امه كما لو ادعى على رجل انه شجه واقام عليه
بينه لا يقضى بارش الشجه ما لم ير القاضي شجه راسه لان العدو عراه
علامه ويقضى له بربع قيمته ومن الشاه بما ينقص ومن الادمي بنصف
الدية لما ياتي في كتاب الجنايات ٥ فان جا الرجل بالبرذون مفقوء العين
وقال البرذون ملكه لم يقض له بالارش الا ببينة يقيمها على الملك
له وان الهدها عليه فقا عينيه وهو في ملكه يحتسب باخذ الارش
لان ظاهر اليد على البرذون للحال تصلح حجه للدفع لا للاستحقاق واحتمال
لو هو في يد البرذون ملكه للحال من جهه المفقى له بعد ما فقيت عينيه

فان اقام صاحب البرذون بينه انه له وان الفاقي فقا عينيه وهو
في ملكه واقام المدعى عليه البينه على انه له وان ذا اليد فقا عينيه
فيكون بينته اولى لانه خارج والاخر ذو اليد وبينه الخارج اولى في الملك المطلق

باب ما تدفع به الخصومه عن نفسه وما لا تدفع

المبسوط ادعى شيئا في يد غيره فقال ذو
اليد انه وديعه من فلان او عاريه او اجاره او رهن عندي او وكلني
بحفظه قال علماونا لا تندفع عنه الخصومه الا بالبينه وقال
ابن ابي ليلى يندفع بدون البينه وقال ابن شبرمه لا تندفع بالبينه
ايضا ولو اقام البينه تندفع عنه الخصومه عندهما وقال ابو يوسف
ان كان الرجل معروفا بالاحتيال لا يسمع منه البينه وان لم يكن معروفا
بذلك يسمع وان قال الشهود انا نعرفه بوجهه ولا نعرف اسمه ونسبه
تقبل شهادتهم عند ابي حنيفه وعند محمد لا تقبل وان قالوا لا نعرف
بوجهه لا يقبل ذكره في الجامع وهذه المسله تسمى مخمسه دواره
في الكتب لان للعلما فيها خمسه اقاويل والصحيح قولنا ان ذا اليد
ينتصب خصما للخارج ظاهرا باعتبار كون المال في يده وتصرفه
ظاهرا لان اليد المتصرفه والقدرة المحتويه على المال دليل الملك
ظاهرا فكان ما كان المال في يده ظاهرا ويد الوديعه والعاريه عارضه
غير ساطعه واذا ادعاها فقد اراد دفع الخصومه عن نفسه والمدعي
ينكره فيكون القول له لانه متمسك بدليل ظاهر وجه قول
ابي يوسف ان المعروف بالاحتيال قد يفعل هذه الحيله فتبطل

انسانا يغيب عن البلدة فيدفع اليه ما في يده حتى يودعه عنده بين يدي
شهود ثم يقيم البينة على الايداع عنده فينبغي ان لا يندفع عنه الخصومة
بهذه البينة حتى لا يؤدي الى ابطال حقوق الناس لكنا ان ذا اليد لما ثبت
كونه مودعا بالبينة العادلة لانه انتصب خصما عن الغائب لانه ادعى حقا
على الحاضر وهو سقوط حقه في الخصومة بسبب ادعاه على الغائب وهو
ايداعه فقبلت البينة والثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة
ولو ثبت كونه مودعا بالمعاينة اندفعت عنه الخصومة فكذى هذا لان
المودع لا يكون خصما فيما يدعى عليه لانه مامور بالحفظ لا بالخصومة
وتوهم الاحتيال بتلك الحيلة ساقط الاعتبار عند قيام البينة
وجه قول محمد ان الخصومة توجهت على ذي اليد فالم يحولها الى
غيره لا يندفع عنه ولم يصح تحويله الى غيره لجهالة ذلك الغير فبقي
هو خصما لابي حنيفة ان ذا اليد يحتاج الى اثبات الايداع من غير المدعي
لاندفاع الخصومة عنه غير محتاج الى تحويل الخصومة الى غيره لان ذلك
ليس عليه ومتى عرف المودع بوجهه امكنه اثبات الايداع من غير المدعي
بالبينة العادلة لان للقاضي لو قال انه اودعه هذا المال غير المدعي وعرف
وجهه ولم يعرف اسمه ونسبه يندفع عنه الخصومة فكذى اذا
ثبت عنده بالبينة العادلة بخلاف ما اذا لم يعرف بوجهه لانه لم يثبت
الايداع من جهة غير المدعي لجهالته من كل وجه ٥ اقام ذو اليد البينة
ان المدعي اقر انه لفلان فقال ذو اليد اودعني فلان ذلك فلا خصومة وكذلك
لو قال المدعي اشتريته من فلان وقد قبضته فقال ذو اليد اودعنيه فلان

فلا خصومة بينهما لانهما تصادقا ان المدعا به وصل الى ذي اليد
من جهة غير المدعي وان يده ليست يد خصومة **المنتقى**
ولو قال ذو اليد ان فلانا اودعنيها فقال المدعي قد كان فلان اودعها
ولكنه وهبها منك بعد ذلك او باعها فان القاضي يستحلف المدعا عليه
ما وهبها له فلان ولا باعها منه فان نكل عن اليمين جعله خصما له
لانه لو اقر به جعله خصما له فكذا اذا نكل **الفتاوى**
رجل اقام بينة على دار في يد رجل ثم اقام المدعا عليه البينة
على ان نصفها ملكي ونصفها وديعة في يده من جهة فلان حتى
بطل دعواه في هذا النصف بطل في الكل لتعذر التمييز بينهما ٥
ادعى على اخر مائتي درهم وانه استوفى مائة وخمسين وبقي عليه
خمسين فاثبته بالبينة ثم اقام المدعا عليه البينة انه اوفاه
الخمسين لا يقبل حتى يقول هذه الخمسين التي يدعي لان في مائة
وخمسين خمسين موجودة ٥ رجل ادعى جارية في يد رجل فقال
المدعا عليه انها كانت امة لفلان وانه اعتقها منذ عشر سنين
وقد تزوجها وهي حرة واثبت ذلك بالبينة يكون دفعا لانه
اثبت العتق في الامة وهو خالص حق لله تعالى وكل انسان
خصم في خالص حق الله تعالى سوى الحدود ويدعي النكاح لنفسه
وذلك خالص حقه وللانسان ولاية اثبات حق نفسه ٥
اخوان احدهما صغير والاخر كبير وقد مات ابوهما
عنهما فكبر الصغير فادعى على اخيه محدودا في يده واقام
البينة فقال المدعا عليه انه اشترى هذا المحدود من هذا
الكبير وصي هذا الصغير حين كان صغيرا فانكر ذلك وانكر
الوصي الوصاية ولقام البينة على اقراره انه كان وصيا له

باع بحكم الوصاية لا تقبل حتى يقول الشهود انه كان وصيا من جهة
ابيه او امه وانه باع ذلك عند الحاجة اليه بثمن مثله ولا فائدة
في اثبات اقراره بذلك **الجامع** مسائله على ثلثة فصول
فصل في الدعوى فيما اذا كانت العين قائمة في يد ذي اليد وفصل
فيما اذا كانت هالكة وفصل فيما اذا كانت نابدة او ناقصة

فصل مسائله على اربعة اوجه اما ان ادعى ملكا
مرسلا ولم يدع معه فعلا او ادعى ملكا مرسلا وفعلا ولا
يخلو ذلك اما ان يسمي فاعله او لم يسم فاعله ومتى سمى فاعله فلا
يخلو اما ان ادعى الفعل على ذي اليد او على غيره فان ادعى ملكا
مرسلا ولم يدع معه فعلا بان ادعى دارا في يد رجل واقام
البينة على انها ملكه واقام ذو اليد البينة ان فلانا اسكنها
اسكنه اياه وسلمها اليه تقبل لان الاسكان والاعارة سوا
فصار كانه اثبت العارية بالبينة العادلة وكذلك لو قالوا اسكنها
والدار يومئذ في يد المدعا عليه او قالوا اسكنها ولا في يد هذا ولم يشهدوا
بالتسليم لان الشهادة بالاسكان والدار في يد الساكن يوم الاسكان شهادة
بالتسليم اليه وكذلك شهدوا بالاسكان والقبض بالمعاينة للساكن
فيحال على الاسكان بحكم الدلالة لان القبض اذا ظهر عقيب عقد معاملة
يضاف اليه ما لم يظهر سبب اخر كما لو شهدوا بالهبة والدار في يد
المدعي تقضى بالهبة لان القبض ثابت له معاينة فيحال على الهبة
وان قالوا كانت في يد الساكن يومئذ لا تندفع عنه الخصومة لان
الاسكان انما يصح بالقبض من جهة المسكن كالعارية والهبة ولم يثبت
القبض من جهة المسكن بالشهادة ولا بالمعاينة لان القبض المعاين
ثابت من جهة غير المسكن لا من جهته فصار كما لو شهدوا

انه اسكنها فلان لا انه سلمها اليه رجل اخر وكانت هذه شهادة
بالاسكان باطل فلا تندفع الخصومة عنه والثاني ان ادعى ملكا وفعلا
وسمى فاعله بان قال الدار داري كان غصبها او اخذها مني فلان
وقال ذو اليد انها لفلان اودعنيها او غصبتها منه ونحوه لا تندفع
عنه الخصومة كما لو ادعى ملكا مرسلا ولم يدع معه فعلا وان
ادعى الفعل على ذي اليد بان قال غصبها مني ذو اليد او اجرها او رهنها
منه وادعى ذو اليد انها وديعة او عارية من جهة فلان واقام
البينة على ذلك لا تندفع الخصومة عنه لان ذا اليد انتصب
خصما بدعوى الفعل عليه لا بظاهر يده فان جحد المقولة واقام
البينة على ذلك قبلت بينته لان الغائب يصير مقضيا عليه ولا
مدعيا لنفي الملك من جهته ولو ان اقام البينة انه اشتراها
من ذي اليد ونقد الثمن وقبضها واقام ذو اليد البينة على الوصول
اليه من جهة اخرى تندفع الخصومة ولو لم يدع القبض لا تندفع
لان دعوى الشرى يتضمن القبض ولو لم يدع القبض بقي التسليم
مستحقا على البايع فصار مدعيا على ذي اليد فعلا فانتصب
خصما بدعوى الفعل عليه وكذلك لو اقر المدعا عليه
بالبيع من المدعي والتسليم اليه ثم اقام البينة ان فلانا اودعه
تندفع الخصومة لان الثابت بتصادقهما بالمعاينة كالثابت
بالبينة العادلة ولو ثبت الشرى والقبض من المدعي بالبينة العادلة
ثم ثبت الوديعة من ذي اليد بالبينة الكاشفة تندفع عنه الخصومة
لانه غير مناقض في دعوى الايداع لاحتمال انه باع المدعي من غيره
ثم المشتري اودع ذا اليد فقبلت بينته على الايداع الا ان يعلم
القاضي ان الغائب غصبها فسلم اليه لانه علم ان يد ذي اليد مبطلة

فكان عليه نفقتها بخلاف ما لو علم القاضي ان الغايب اودعها لم يأخذها
من يده حتى يحضر الغايب لانه لم يعلم بكون يد ذي اليد مبطلة لجواز
ان يكون المدعي باع من الغايب او اجرها منه والغايب اودعه اياه
فلا ينقضها بالشك وذكر ان في دعوى الصدقة من ذي اليد لا
تندفع الخصومة ببينة الوديعة والثالث ان ادعى فعلا ولم يسم
فاعله بان قال المدعي غصب واخذ مني فانه تندفع عنه الخصومة
وان قال سرق مني والمسئلة بحالها لم تندفع عنده استحسانا خلافا
لمحمد وزفر لهما انه ادعى الفعل على المجهول والدعوى على المجهول باطله
واذا لغت دعوى الفعل بقي مدعيا ملكا مطلقا فتندفع عنه الخصومة
لنا ان في السرقة تعين كون ذي اليد سارقا ظاهرا لانا متى عينا
ذا اليد سارقا اسقط القطع اصلا لانه يبقى خصما للمدعي
فيقضي له بالمسروق فيصل المسروق الى المدعي فمتى عرف السارق
بعد ذلك لا تقطع يده ومتى لم يعينه تقطع يده لانه لم يصل
المسروق الى المدعي والحدود يحتال لدرئها ما امكن فعينا كون
ذي اليد سارقا احتيالا لدرء الحد الا ان المدعي لم يعينه
نصا احترازا عن الهتك ما ندب اليه الشرع وهو الستر والكتمان والميل الى
الدرء والهتك بخلاف الغصب لانا متى عينا كون ذي اليد غاصبا
او لم نعينه لا يصير سببا لوجوب الحد ولو اقر المدعي ان العين
وصلت الى يده من جهة الغايب بالايداع فلا رواية فيه عن
اصحابنا ومال مشايخنا الى انه تندفع الخصومة عنه لان
الثابت بتصادقهما كالثابت بالبينة ولو اقام البينة على ذي اليد
انها داره اشتراها من عبد الله ونقده الثمن وقال ذو اليد
اودعنيها عبد الله فلا خصومة بينهما لان الوصول اليه من جهة

عبد الله ثبت بتصادقهما باقرار ذي اليد نصا وباقرار المدعي ضرورة
ظاهرا لان الشرى منه لا يصح ما لم يكن المبيع في يده والان
نراها في يد ذي اليد فالظاهر انه وصل الى يده من جهة عبد الله
فان قال ذو اليد اودعنيها عمرو وكيل عبد الله بامر عبد الله لم تندفع
الخصومة الا ببينة لان وصول الدار الى يد ذي اليد لم يثبت من
جهة عبد الله لانكار ذي اليد ولا من جهة عمرو لانكار المدعي وكذلك
لو اقام البينة ان عبد الله دفعها الى عمرو ولم يشهدوا ان عمرا دفعها
الى ذي اليد لم تندفع الخصومة لان الدافع للخصومة دفع عمرو الدار
الى ذي اليد لا دفع عبد الله الى عمرو ولم يثبت دفعه الى ذي اليد
ولذي اليد ان يحلف المدعي ما يعلم ان عمرا دفعها اليه فان حلف
فهو خصم وان نكل فلا خصومة بينهما حتى يحضر عمرو

فصل

اصله ان من ادعى دينا على انسان بسبب تلف عين تلفت وتويت في
يده لا تندفع الخصومة عن المدعى عليه باقامة البينة ان العين كانت لغيره
لان الدين انما يجب في الذمة فينتصب المدعى عليه خصما للمدعي لقيام
ذمته لا لقيام يده على العين وذمته قائمة لا يمكن جعلها لغيره
فيتفاحص اله بخلاف ما لو كانت العين قايمة في يده فانه تندفع
الخصومة عنه باقامة البينة انها كانت لغيره لانه انما انتصب
خصما لظاهر يده وقد امكنه جعل يده لغيره بالاستناد اليه فاذا
اثبتها بالبينة لغيره اندفعت عنه الخصومة ثم المسايل على وجهين
احدهما في الهلاك والاخر في القتل اما الاول عبد مات في يد
رجل فاقام اخر البينة انه عبده واقام ذو اليد البينة انه كان

لفلان في يده لم يقبل وعليه قيمته لانه ادعى عليه دينا في [illegible] ذمته
بسبب تلف عين كانت في يده فانه ادعى انه كان غاصبا للعبد او مودع
الغاصب وقد هلك العبد عنده فصار ضامنا قيمته وصارت قيمته
دينا في ذمته فلا تندفع عنه الخصومة باقامة البينة انه كان لغيره
فان صدق الغائب المدعى عليه يرجع بما ضمن في الوديعة والاجارة
والرهن لا في الغصب والعارية لان المودع عامل للمودع فان منفعة الحفظ

منفعة صح

عائدة اليه والمرتهن عامل للراهن فانه يسقط دينه بهلاك المرهون
وكانت منفعة الرهن عائدة الى الراهن والمستاجر عامل لنفسه
من وجه وللآجر من وجه لان منفعة قبض المستاجر عائدة اليهما الا
ان ما للآجر عين لنفسه من وجه وللآجر من وجه لا قوام للمستاجر
منفعة والعين خير من المنفعة لانها تبقى والمنفعة تفنى كما وجدت
وتتلاشى فترجحت منفعة الآجر على المستاجر وكان عاملا للآجر
ومن عمل لغيره ولحقه ضمان فيه كان قرار الضمان على المعمول
له لانه هو الذي اوقعه فيه واما الغاصب والمستعير عامل
لنفسه لان منفعة قبضهما عائدة اليهما وكان قرار الضمان
عليهما ولو ابق العبد والمسئلة بحالها لا تندفع ايضا لان الآبق
بمنزلة الهالك لكونه معجوز الانتفاع به كالهالك والثاني
امة في يد رجل قتلها عبد رجل خطا فاقام ذو اليد البينة انها
كانت وديعة فلان عنده يقال للمولى العبد ادفعه او افده فان

دفع كما قام رجل البينة ان الجارية كانت له واقام ذو اليد البينة على
ما ادعى فلا خصومة بينهما ان اراد اخذ العبد وان اراد القيمة فهي
له لان العبد قائم مقام الجارية لحما ودما وكانها قائمة بعينها حكما
ولو كانت الجارية قائمة في يده بعينها لم يبق له خصما وكذلك
بدلها فاما القيمة وجبت دينا في ذمته بسبب عين تالفة في
يده فلا تندفع الخصومة ٥ فاذا قضى عليه بالقيمة ثم حضر الغائب
فصدقه كان حكم الرجوع كما مر واذا رجع صار العبد المرجوع
عليه وفي موضع لا يرجع يكون العبد له بقيمته لما عرف ٥
وان لم يقتلها ولكن قطع يدها فدفع به ثم حضر المدعي والمسئلة
بحالها فلا خصومة بينهما لا في الرقبة ولا في الارش لان العبد
بدل اليد وكان كالارش قائما مقامه ٥ ولو ذهب عين العبد في
يدي ذي اليد ثم اقام مدعي العبد البينة انه عبده وطلب الارش
ولا نجد الجارية والمسئلة بحالها فلا خصومة ولا يقضى عليه بشيء
لانه تعذر القضاء بالعبد للمدعي لان البينة اثبتت الايداع في العبد وانه
قائم في يده فثبت الايداع والمودع لا ينتصب خصما فيما يستحق
على المودع وانما ينتصب خصما فيما يستحق له فاذا تعذر القضاء
بالعبد تعذر القضاء بالارش لان بدل الطرف لا يملك الا بملك
الاصل ولا يشبه هذا موت العبد في يد المستودع لان الايداع
في حق العبد لم يثبت لهلاكه وذهابه فامكن القضاء بملك العبد للمدعي
قبل الموت وبالقيمة بدلا عنه ٥ ولو كانت جارية وولدت ثم ماتت

وإن أقام المدعي البينة أنها جاريته ولدت في ملكه وأقام ذو اليد البينة
على الوديعة قبل الولادة فإنه يقضي للمدعي بقيمة الجارية ولا يقضي في الولد
بشيء حتى يحضر الغائب لأنه أمكن القضاء بملك الجارية للمدعي دون الولد لأنه
يجوز أن تكون الجارية ملكا لإنسان والولد لآخر كما إذا أوصى بما في بطن
جاريته لإنسان تكون الجارية لإنسان والولد للموصى له فأما لا يجوز أن يكون
الطرف لإنسان والأصل لآخر فكان من ضرورة تعذر القضاء بملك العبد
تعذر القضاء بالأصل

فصل على أقام البينة على ذي اليد أنه
أعتقه وهو يملكه فأقام ذو اليد البينة أنه وصل إليه من جهة
فلان [illegible] قضى القاضي بالعتق ثم جاء الذي [illegible] له لم تقبل بينته أنه عبده لأنه
صار مقضيا عليه بالعتق لأن القضاء بالعتق على ذي اليد قضاء بالعتق
على الناس كافة لأن في العتق حق الله تعالى لكن حقوق الله تعالى مما تزداد
بالعتق من إقامة الجمع والأعياد والحج والزكوات والحدود والعقوبات
ولهذا لم يجز استرقاق الحر برضاه لما في استرقاقه إبطال حقوق الله
تعالى فانتصب كل واحد من المسلمين خصما في إثبات حقوقه
من حيث إن الكل عبيده خلفاء على وجه الأرض عنه فصار دعوى
العتق على ذي اليد كالدعوى على كافة الناس فصار كلهم
مقضيا عليهم والملك في العبد حق المولى إلا أن فيه مراعاة حق الله
تعالى في العتق مراعاة لحق العبد وهو مصيره أهلا للتمليك والتملك
والشهادة والولاية فكان مراعاة حق الله تعالى واعتباره أولى
ولو أن العبد أقام البينة أن فلانا أعتقه وأقام صاحب اليد بينة أن

فلانا ذلك أودعه تقبل بينته وتبطل بينة العبد لأن بينة العتق قامت
على الغائب وليس عنه خصم حاضر لأنها قامت على المودَع والمودَع
ليس بخصم عن المودِع فيما يستحق عليه ولا يحال بينه وبين العبد قياسا
لأن الحيلولة من حكم العتق والعتق لم يثبت بهذه البينة فلا تجب الحيلولة
ويحال بينهما استحسانا لأن في العتق حق الله تعالى وحق العبد فقبلنا بينة
العتق في حق الحيلولة وقصرناها عنه مراعاة لحق الله تعالى لأنه مما يحتاط
فيه حتى لا يستعمله ذو اليد كرها ويقدر بإعارة وإجارة ورهنا
ولم يقض بالعتق حتى يحضر الغائب لما فيه من حقوق العبد مراعاة
للخصم ثم [illegible] على الأمرين حظهما بقدر الإمكان كما لو أقامت المرأة
شاهدا واحدا على الطلاق الثلاث يؤخذ من العبد كفيل بنفسه
استيثاقا حتى لا يهرب فإذا حضر الغائب فإن أعاد العبد البينة عليه
عتق وإلا فهو عبد [illegible] لأن البينة الأولى قامت على غير خصم فبطلت
فإن ادعى العبد حرية الأصل فالقول قوله بلا بينة لأنه أنكر ثبوت اليد على نفسه
بحكم الظاهر لأن الناس كلهم خلقوا وفطروا على الحرية لأنهم أولاد آدم
وحواء والرق أمر عارض [illegible] على البينة فكان العبد متمسكا بالأصل
وذو اليد يدعي أمرا عارضا فكان القول قول من يتمسك بالأصل فإن أقام ذو
اليد البينة أنه أودعه ولا وهو يملكه قبلت لأنه لا عبرة للظاهر مع
[illegible] البينة لأنه متى [illegible] يد ذي اليد عن العبد فلا [illegible] له إعادة البينة
الحافظة الراقبة إلا بعد إثبات الملك فيه للغائب بالبينة

فانتصب المودع خصما عن الغايب في اثبات الملك لانه مامور بالحفظ والمامور بالشي مامور بما لا يتم ذلك الشي الا به فالبينة القايمة عليه كالقايمة من الغايب فان اقام العبد البينة ايضا انه حر الاصل قبلت بينة ذي اليد ومنع العبد منه لان بينة العبد قامت على غير خصم وبينة ذي اليد قامت على خصم واستوثق من العبد بكفيل فان حضر الغايب قبل للعبد اعد بينتك عليه فان اعادها قضي بعتقه والا فهو عبد ولا يحتاج الغايب الى اعادة البينة لان المودع انتصب خصما عن المودع في اثبات الملك فكانه اقام المودع البينة بنفسه ولو كان كذلك لا يكلف باعادة البينة فكذا هذا

باب اقرار ذي اليد وغيره بالمدعا به الغايب قبل اقامة المدعي البينة او بعد

الجامع مسايله على فصول فصل في اقرار ذي اليد به وفصل في بيعه وفصل في الارث منه

فصل اقام خارج البينة على شرى العبد من ذي اليد ثم اقر ذو اليد بالعبد لغيره فهذا لا يخلو اما ان اقر بعد اقامة المدعي البينة او بعدما اقام شاهدا واحدا او قبل اقامة البينة فان اقر بالعبد للغايب بعد اقامة المدعي البينة لم يقف له حتى حضر الغايب بدفع العبد اليه ويقضي عليه بالبينة من غير تكليف المدعي اعادة البينة وهذا لان البينة قامت على الموكل تقضي بها على الوكيل وكذا الحكم على عكسه لان بينة المدعي حجة على ذي اليد من حيث الظاهر

واقرار ذي اليد بطل لانها لم يصح في حق المدعي لما اتصل به فانه يحتاج الى اعادة البينة وانما لا يلزمه اعادة البينة وصح اقراره بالملك للغايب والخصومة له فصار المقر له في حق المدعي بمنزلة الوكيل بالخصومة من جهة ذي اليد ولو وكل ذو اليد رجلا بالخصومة مع المدعي قبل القضا له بالعبد لا يكلف المدعي اعادة البينة فكذا هذا فان اقام المقر له البينة انه عبده قبل القضا للمدعي ام بعده تقبل وبطل بينة المدعي لان بينته تقبل لابطال بينة المدعي لا لاثبات الملك له مقصودا لان الملك واليد للمقر له في زعم المقر ولكن لهذه البينة تبين ان بينة الخارج قامت على غير خصم وذلك تقبل كما لو اقام البينة ان بينة الخارج كفار او عبيد فاذا ثبت ببينته ان بينة الخارج قامت على غير خصم بطلت بينة الخارج فان اعاد المدعي البينة على الغايب قبل القضا ببينة الغايب يقضي له لانه لم يصر المدعي مقضيا عليه من جهة المقر له تقبل بينته ليصير المقر له مقضيا عليه لهذه البينة وان لم يكن المدعي محتاجا الى اعادة البينة لاثبات الملك لان البينة التي اقامها على ذي اليد كافية لثبوت الملك له ولكن انما تقبل ليصير له مقضيا عليه فلا تقبل بينته بعد ذلك على المدعي وان اقام بعد القضا بينة الغايب للغايب لا تقبل لان المدعي صار مقضيا عليه من جهة المقر له واما اذا اقر المدعا عليه للغايب بعدما اقام المدعي شاهدا واحدا ثم حضر

المقر له دفع البينة العبد ويقال للمدعي اقم شاهدا آخر فان اقام شاهدا
اخر يقضى له به ويكون قضاء على المقر له لانه يصير المقر له في حق المدعي
كالوكيل بالخصومة لما بينا ولو اقام المدعي شاهدا واحدا على ذي
اليد ثم وكل ذو اليد المقر له بالخصومة واقام المدعي شاهدا اخر
على الوكيل يقبل ويقضى للمدعي على ذي اليد وكذا هذه ه وان لم يقض
حتى اقام المقر له بينة انه عبده او دعه لا يقضى للمدعي الا ان يقيم
شاهدا اخر ويعيد الاول شهادته ليقضى له على المقر له ولا يقضى
ببينة المقر له بعد لانه ظهر ببينة المقر له ان بينة المدعي قامت على
غير خصم فكانت باطلة فلا بد من اعادة البينة ثانيا ليستحق العبد
فاذا اقام البينة ثانيا صار المقر له مقضيا عليه فلا تقبل بينته بعد ذلك
فان اقام المدعي البينة انه عبده فقضى له ثم اقام ذو اليد البينة انه
عبد فلان اودعه لا تسمع لانه صار مقضيا عليه ببينة المدعي
ولهذا اقام المقر البينة على الملك لنفسه بعد القضاء للمدعي لا يقبل
بينته ه واما اذا اودع ذو اليد للغائب قبل اقامة المدعي
البينة ثم حضر المقر له وصدقه فاقام المدعي البينة على المقر له يقضى
له به ويكون قضاء على المقر له حتى لا تقبل بينته من بعد لانه صح
اقراره في حق المدعي لانه ليس في تصحيحه ابطال حق على المدعي وهو
ابطال بينته فكان الخصم هو المقر له **فصل** رجلان اقاما
البينة على عبد في يد رجل كل واحد يدعي انه اودعه فاقر لاحدهما

يقيم صح

فلا يخلو اما ان اقر بعدما اقاما البينة او قبل اقامتهما البينة او بعد
ما اقام كل واحد شاهدا واحدا او بعدما اقام احدهما شاهدين
فان اقر لاحدهما بعدما اقاما البينة قبل القضاء لهما دفع الى المقر له
لان اقراره بالملك لاحدهما صحيح لما ذكرنا ملكه من حيث الظاهر
ولم يصح اقراره في حق بطلان بينة الاخر لما بينا ولا صار احدهما في
دفع العبد الى المقر له يدفع اليه فان عدلت البينتان فهو بينهما ولا يبطل
بينة المقر له لانه متى ظهر ان الشهود كانوا عدولا ثبت الاستحقاق
لهما من وقت اداء الشهادة وقد تساويا في الحجة فيقضى لهما فظهر
ان اقرار المقر وتصديق المقر له كان باطلا لانه ظهر انه اقر ولم يكن
مالكا وقت الاقرار لان اقراره كان بعد اداء الشهادة ه وان اقر
لاحدهما ثم اقاما البينة يقضى لغير المقر له لان بالبينة لم يظهر ان
الاستحقاق لهما كان ثابتا وقت الاقرار لان الاستحقاق يقتصر على
حال اداء الشهادة ولا يستند الى ما قبله فلا يظهر ان اقراره
صدر منه وهو غير مالك يومئذ فلا يظهر بطلان اقراره فصار
المقر له ذو اليد وصاحبه خارج وكانت بينة الخارج اولى في
الملك المطلق ه وان اقام كل واحد منهما شاهدا واحدا ثم اقر لاحدهما
دفع اليه وقيل للاخر اقم شاهدا اخر فان اقام يقضى له لان المقر له
انتصب خصما لان الملك واليد له وخرج ذو اليد من ان يكون خصما
له لانقطاع ملكه وانفكاك يده باقراره لاحدهما فصار المقر له
ذو اليد وصاحبه خارج ه وان لم يقض حتى جاء المقر له بشاهد اخر

قضى بينهما لان اقرار ذي اليد لا يبطل شهادة المقر له فبقيت شهادة
شاهده الاول صحيحة فاذا انضاف اليه شاهد اخر تكاملت الحجة
فقد استويا في الحجة فاستويا في الاستحقاق فان لم يقم حتى اعاد
الخارج شاهده الاول او اقام شاهدين مستقبلين قضى بكله له
وان اقام المقر له شاهده الاول وشاهدا اخر على الخارج فلا
ان يقضي للخارج او بعده لا يسمع منه لانه صار مقضيا عليه ببينة
الخارج ولو قال غير المقر له مات شاهدي الاول او غاب قيل
له هات باخر ونقضي لك بالعبد لان الموت والغيبة لا تبطل الشهادة
الماضية المؤداة المعدلة فيحتاج الى اقامة شاهد اخر لتكامل
الحجة الا ان يقيم المقر له شاهدا اخر او شاهدين مستقبلين فيكون
بينهما نصفين بخلاف ما لو اقام الخارج شاهدين مستقبلين قضى
بكله له والفرق ان للخارج حق استيناف الخصومة مع المقر
له حتى يستحق العبد على المقر له بالكلية لان المدعى به في يد المقر له والمقر
له يزعم انه له وابرا ذا اليد عن الخصومة واذا برئ ذو اليد عن الخصومة
صار المقر له ذو اليد حقيقة وحكما وبقي صاحبه خارجا فيكون
بينة الخارج اولى واما ليس للمقر له حق استيناف الخصومة مع الخارج
للاستحقاق عليه لان ما يدعيه المقر له في يده لا في يد المدعي ولا يمكنه
استيناف الخصومة معه فهو على الخصومة الاولى فهما خارجان
في الخصومة الاولى فيقضى بينهما وفي رواية او يقيم شاهدين مستقبلين
فيكون العبد كله له كما في غير المقر له فان لم يقر ذو اليد لاحدهما

حتى قضي به بينهما ثم اقام احدهما البينة ان العبد له لا يسمع لان كل واحد
منهما صار مقضيا عليه في نصف العبد الذي صار لصاحبه لان
كل واحد اقام البينة على الملك في جميع العبد والبينة
العادلة توجب حقيقة الملك اذا اتصل بها القضاء وقبل القضاء
اوجب حق الملك فيستحق على كل واحد منهما ذلك الحق بالقضاء
فصار مقضيا في النصف الذي قضي لصاحبه ودعوى المقضي عليه
وبينته لا يسمع فان لم يزك بينة احدهما او لم تتم حتى قضي للاخر
ثم اعاد الاخر البينة العادلة على ان العبد له قضي له على المقر له
لان من لم يقض له البينة لم يصر مقضيا عليه لانه لا ملك ولا حق في العبد
المقضي به فيسمع بينته فاما اذا اقام احدهما البينة ولم يقم
الاخر فاقر ذو اليد لغير المقيم يدفع البينة ويقضي ببينة غير
المقر له من غير ان يكلف اعادتها ويكون قضاء على المقر له
لان البينة قامت على المقر والخصومة توجهت عليه ولم
يكن المقر له وكيلا عنه بالخصومة فلم ينتصب خصما عنه فلا
يكون مقضيا عليه حتى لو اقام المقر له البينة انه عبده اودعه
ذا اليد يقضى له وان لم يقض له حتى اعاد غير المقر له شهوده
بطلت بينة المقر له ويقضى بالعبد للاخر لانه لم يصر مقضيا عليه
ببينة المقر له ثم اعادها فقد نفذ اقرار ذي اليد له انما
نفذ اقراره لا ليبطل بينة المدعي ولا يلزمه اعادة البينة ثانيا
فاذا رضي بالاعادة فالخول برئ ذو اليد عن خصومته وخرج

من أن يكون خصماً له فيصدق إقراره في حق الملك واليد للمقر له حقيقة وحكماً
فكانت بينة الخارج أولى.

فصل ادّعى عبداً في
يد رجل وأنكره فباعه ذو اليد وسلّمه ثم قبله وديعة فهو على
ثلاثة أوجه إما أن علم القاضي بما صنع ذو اليد أو لم يعلم ولكن
أقرّ به المدعي أو لم يعلم القاضي ولم يقرّ به المدعي فإن علم القاضي بذلك أو
صدّقه المدعي فيه يندفع عنه الخصومة بخلاف ما إذا أقرّ ذو اليد
بالعبد للغائب أنه أودعه إياه لا يندفع والفرق أن الإقرار إخبار
يحتمل الصدق والكذب فيجعل كذباً في حق المدعي لئلا يبطل حقه في الخصومة
مع ذي اليد وأما البيع إنشاء تصرف والإجارة لا يحتمل الصدق والكذب
وقد صادف ملكه من حيث الظاهر فينفذ وإن لم يملكه ظاهراً
فإذا علم القاضي بزوال ملكه أو صدّقه المدعي فيه لم يبق خصماً له لأن
إقراره حجة عليه لانتفاء التهمة وإن لم يعلم القاضي بيعه ولم يقرّ به
المدعي وأقام ذو اليد البينة عليه لا تقبل فلم تندفع عنه الخصومة
لأنها قامت على غير خصم لأن المدعي لم ينتصب خصماً في إنكار
البيع لأن حكم إنكاره لا يخصه وهو بطلان حقه في الخصومة مع
ذي اليد يتعدى إلى غيره وهو الغائب لأنه متى ثبت بيعه من
الغائب يثبت على الغائب حقوق البيع وأحكامه فلم يكن المدعي
خصماً في حكم إنكاره كإنكار أجنبي آخر ومتى فقد الإنكار والاعتبار
فهذه بينة قامت على الغائب وليس عنه خصم حاضر فلا تقبل وإن قضى
للمدعي ثم جاء المشتري وأقام البينة على الشراء لم تقبل لأن المشتري

يدعي تلقي الملك من جهة المقضي عليه فيصير هو مقضياً عليه
أيضاً ضرورة لأن القضاء بالملك على ذي اليد يكون قضاء بالملك
على من يدعي تلقي الملك من جهته والبينة لا تسمع من المقضي عليه
وكذلك لو ترك الأول الدعوى وادّعاه رجل آخر وأقام ذو
اليد البينة على البيع والتسليم وبالقبول وديعة لم تندفع
الخصومة. ولو ادّعى عبداً في يدي رجل فقال بعته من فلان
ولم يقبضه فأقام البينة عليه لا تقبل كما لو أقام البينة على البيع
والقبض والإيداع لأنه في الحالين يثبت بيعاً على الغائب وليس عنه
خصم حاضر ليكن ما بيّنا.

فصل رجلان ادّعى كل
واحد على ذي اليد أنها داره ورثها عن أبيه والمدعى عليه عمّ
أحدهما فمات ذو اليد وورثه ابن الأخ فإن أقاما البينة حال حياته
وزكيت البينتان بعد موته قضي بينهما لأن بالتزكية ظهر أن البينة
كانت عادلة وظهر أن التركة كانت مشغولة لأنه ثبت له
بإقامة البينة العادلة حق ملك في الدار وكون التركة مشغولة بحق
الأجنبي يمنع الإرث كما لو كانت مشغولة بالدين المستغرق أو
الوصية فبقيت على حكم ملك الميت ولم تصر موروثة لابن العم وإن
ادّعيا حال حياة العم وأقاما البينة بعد وفاته يقضى للأجنبي
لأنه حين مات العم لم تكن الدار مشغولة بحق الأجنبي لأن مجرد الدعوى
بدون البينة لا توجب حقاً له ولهذا جاز إقرار المدعى عليه لغيره
في هذه الحالة وينفذ بيعه وسائر تصرفاته فورثها ابن الأخ وصار

ذو اليد ٥ فان اقام الاجنبي البينه بعد على ان الكل له ورثها لا تقبل لان
كل واحد منهما صار مقضيا عليه في نصف ملحه لان كل واحد اقام
البينه ان جميع الدار له وبينه المقضي عليه فيما صار مقضيا عليه لا
تقبل الا ان يدعي تلقي الملك من جهته ٥ فان ركيت بينه الاجنبي بعد
موت العم دون بينه ابن الاخ قضي بالدار له لان حق الاجنبي قد ظهر
وحق ابن الاخ عسى يظهر وعسى لا يظهر ولا يؤخر حق ظاهر لحق عسى يظهر
او سيدة ٥ فان ركيت بينه ابن الاخ بعد لا يقضى له لان القضا بالدار
للاجنبي تضمن ابطال بينه ابن الاخ وردها والبينه المردوده في
قضيه لا يجوز القضا بها في تلك القضيه ٥ فان اعاد ابن الاخ البينه
يقضى له لان ابن الاخ لم يصر مقضيا عليه ببينه الاجنبي لانهما قامت
عليه وانما بطلت بينه ضروره القضا بالدار للاجنبي وما صارت
مردوده بتهمه الفسق وقد زالت تلك الضروره متى اعاد البينه
على الاجنبي والبينه عادله فيكون مقبوله ولان بينه ابن الاخ
على الاجنبي او على العم فيكون هذه قضيه اخرى مستانفه على
الاجنبي او على العم فيقبل ولا تقبل بينه الاجنبي بعد لانه صار
مقضيا عليه ببينه ابن الاخ ٥ فان زكيت بينه ابن الاخ دون بينه
الاجنبي فهو بمنزله الاجنبي فيما ذكرنا ٥ وان اقام الاجنبي
البينه حال حيوه العم واقام ابن الاخ بعد موته يقضى بينهما
وان اقام ابن الاخ حال حيوه العم والاجنبي بعد موته يقضى للاجنبي
وتبطل بينه ابن الاخ والفرق ان في الاول العم مات والدار

مشغوله بحق الاجنبي لما بينا فمنع الارث فلم يصر ابن الاخ ذو اليد
دون الثاني مات العم والدار غير مشغوله بحق الاجنبي فصار ميراثه
لابن الاخ فصار ذو اليد ٥ فان اقام ابن الاخ بينه بعد لا تقبل لانه
صار مقضيا عليه ببينه الاجنبي ٥ ولو اقام كل واحد شاهدا
واحدا في زمان العم ثم اقام كل واحد شاهدا اخر كان بمنزله ما لو
اقاما كل واحد شاهدين حال حيوه العم لانه ما امتنع الارث هنا
لكونها مشغوله بحق الاجنبي لان باقامه الشاهد الواحد لا يستحق
ولكن امتنع الارث لمعنى اخر وهو انه لو ورث ابن الاخ بطل ما اقام الاجنبي
من الشاهد ويلزمه الاعاده لانه تبدل المالك بمجرد قول يحتمل
الصدق والكذب لا يجوز ابطال بينه الاجنبي فامتنع الارث
صيانه لبينه الاجنبي عن البطلان وصار كما لو اقر العم لابن الاخ
حال حيوته ودفع الدار اليه بعدما اقام كل واحد منهما شاهدا
ثم اقام الاجنبي شاهدا اخر يقضى له بالدار فكذا هذا ٥

باب اقرار المدعى عليه بالارث او بالوصيه في المدعى به

الجامع مشتمل على فصول احدها في اقرار ذي اليد بالارث لغيره والثاني في الوصيه والثالث في اقرار الوارث بوارث بعد قسمه الميراث

فصل

اصله ان قضا القاضي للمدعي بنصيب الميت من المال المشترك
ينصرف الى نصيب الميت خاصه لا الى نصيب شايع من الانصبا
كلها عرف بالجواز القضا ونصونا وتحفظا عن الابطال كالبيع من احد

الشريكين ينصرف إلى نصيبه خاصة تحريا للجواز البيع وصونا له عن الفساد
دار في يد رجل يدعيها كلها لنفسه أقام رجل البينة أنها داره ورثها
من أبيه لا وارث له غيره وأقام أخ ذي اليد البينة أنها دار أبيه مات
وتركها ميراثا له ولأخيه فإنه يقضي بثلثة أرباعها للأجنبي وربعها
للأخ ولا يشاركه ذو اليد فيه لأن بينة كل واحد منهما شهدت
بملك جميع الدار لأبيه وانتصب كل واحد منهما خصما عن الميت
في إثبات الملك له في جميع الدار فقد استويا في الدعوى والحجة
وهما خارجان فيقضي بينهما نصفان إلا أن أخ ذي اليد يزعم أن الربع
له والربع لأخيه ذي اليد بالإرث وذو اليد يجحد ذلك فقد
منع بالجحود نصيبه ولا منازع لغيره في ربعه لأن أخ ذي اليد
لا يدعي إلا الربع والأجنبي يدعي كل الدار وأثبته بالبينة فيقضي
به للأجنبي والقضاء بالربع للأجنبي انصرف إلى نصيب ذي اليد
خاصة ولا يشارك ذو اليد في نصيب أخيه، وكذلك
إذا أقر ذو اليد أن الدار ميراث بعد قيام البينة قبل القضاء
لم يتغير الحكم لأن الأخ صار مستحقا للربع بالبينة وإقرار ذي
اليد يتضمن إبطال بينة أخيه لأنه يصير ذو اليد مع أخيه
لأن التركة في يد أحد الورثة كأنها في يد الكل حكما وبينة ذي
اليد في الملك المطلق والميراث لا تقبل مع بينة الخارج فلم يصح إقراره
وإن أقر قبل إقامة البينة يقضي بالدار كلها للأجنبي لأن إقراره لا يبطل
على أخيه حقا لأن الحق لم يثبت له بعد فصح إقراره في حق أخيه
الحق صح

عورض بالأصل

٢٥١

فصار جميعا ذا اليد فكانت بينة الخارج أولى، فإن أقام الأجنبي
البينة وحده وقضي للأجنبي ثم حضر أخ ذي اليد وأقام البينة
على الإرث بينه وبين ذي اليد يقضي له بنصف الدار ولا يشاركه
ذو اليد فيه لأن الأخ أقام البينة على ملك جميع الدار والأجنبي
صار ذا اليد للحال وكانت بينة الخارج أولى إلا أن الأخ لم يدع
لنفسه إلا نصف الدار فيقضي له بالنصف ويترك النصف الآخر
في يد الأجنبي، فإن كان على الميت دين صرف النصف الآخر من الدار
الميت لأنه قامت البينة على استحقاق الكل للميت إلا أنه ترك
نصفه في يد المقضي عليه لعدم المنازع وفقد المستحق فإذا
ظهر الدين للميت ظهر المستحق له فيصرف إليه، وإن أقام الأجنبي
البينة على ذي اليد وهو يدعي لنفسه ثم أقر بالإرث بينه وبين
أخيه وقضي بالدار للأجنبي ثم حضر الأخ وأقام البينة على الإرث
قضي له بنصف الدار، وإن أقر قبل إقامة الأجنبي البينة ثم أقام
البينة فقضي للأجنبي ثم حضر الأخ فأقام البينة على الإرث بينه
وبين أخيه لا يقضي له بشيء، والفرق أن إقرار ذي اليد قبل
إقامة الأجنبي البينة صح في حق أخيه لأنه لا يبطل عليه حقا
ولا يلحق به ضررا فصار كميراث ظاهر فانتصب أحد الورثة
خصما عن بقية الورثة في التركة فصار كأن التركة في يد
الكل فصار الغائب مقضيا عليه كذي اليد فلا تقبل بينته فيما
صار مقضيا عليه، وإقرار ذي اليد بعد إقامة الأجنبي البينة لم يصح

فصار الأخ صح

في حق الاخ لانه يتضمن الحاق الضرر باخيه لانه يريد ان يجعل القضا
المتوجه عليه واقعا على اخيه الغايب حتى لا تسمع بينته في
حصته فلم يصر مقضيا عليه فبقي جاحدا والاجنبي صار ذو
اليد وكانت بينة الاخ اولى ٥ دار بين ثلثة مشاعة مات
احدهم واقام رجل البينة انه اخ الميت لا يعلمون له وارثا غيره
نقضي له بنصيب الميت ثم جا اخر وادعى انه ابن الميت وصدقه
الشريكان وكذب الاخ فليس للابن ان يدخل مع الشريكين في
نصيبهما لان الشريكان اقرا له بنصيب الميت لانه امتاز نصيبه
بالقضا ونصيب الميت صار ملكا للاخ بالقضا بالبينة فيكون اقرارا
على الغير فلا يصح والابن يدعي ان ما في يد الاخ له فلا بينة والحجة
بخلاف ما لو استولى الاخ عليه بلا بينة في المسئلة بحالها فله ان
يشاركهما في نصيبهما لان للقاضي عا... ثلث الدار في يد الاخ ولم يثبت
كونه غاصبا باقرارهما فلا ينزع نصيب الميت من يده الا بحجة والدار
مشتركة مشاعة فلا يتميز نصيب البعض عن البعض الا بالقسمة
او بالقضا ولم يوجد فبقي نصيب الميت شايعا في الكل فكان في يد
كل واحد منهم ثلث نصيب الميت وكان للابن ان ياخذ من كل
واحد من المقرين ثلث ما في يده ٥ ما لو كان القاضي قضى للاخ ثم اقتسم
هو والشريكان الدار بقضا او غيره وباقي المسئلة بحالها فللابن
ثلث ما في يد كل واحد من الشريكين لان بالقسمة وصل الى كل واحد
منهما ما لم يتسلم في يد الاخ وعلى اقرار الابن فلو منهما التسلم اليه

ولم يخ
ينزع صح
اقتسم صح

كما لو كان ما في يد الغير ملكه يومر بتسليمه الى المقر له وكذى هذا
ولو كان مما يكال او يوزن او يعد فليشرك له لان القسمة في ذوات
الامثال افراز محض فلم يصل الى يد المقر شي مما كان في يد الاخ ٥

فصل في مسايله على اقسام القسم الاول رجل مات
وترك ثلثة اعبد قيمتهم سوا فاقر الوارث لعبد بعينه لرجل
وصية واقام اخر البينة انه اوصى له بعبد اخر بعينه وقضي له
لم ياخذ المقر له بشي لانه تعذر تنفيذ الوصيتين كلا جميعا لانهما
يزيدان على الثلث وتعذر تنفيذهما في نصف الموصى به لان الوصية
الثابتة بالبينة حجة في كافة ما عليه وفي حق الناس كافة والوصية
الثابتة بالاقرار ثابتة بحجة قاصرة غير نافذة على غير المقر
له فلا تكون ثابتة وكان القضا بالوصية الثابتة بالبينة اولى
نظيره رجل مات وترك الفا فادعى رجل في حق الموصى له بالبينة
ان له على الميت الف وصدقه الورثة واقام اخر البينة ان له على الميت
الف يقضي بالالف للمقيم بالبينة لا للمقر له وكذى هذا ٥ ولو ان
الوارث اشترى من المستحق بالعبد المقر به في الوصية بنا على
زعم البايع بغرم الوارث للمقر له قيمة ما باع لان في زعم البايع
ان ما باع لم يصر ملكا للبايع بالوصية بل هو باق على حكم ملك الميت
لانه عين موصى به في زعمه ولكن بعتقه وافراره لا ينتقل الى
العبد في ملكه فجاز بيعه كما لو اشترى عبدا اقر بحريته جاز وعلى
عليه متى دخل في ملكه فكذى هذا ويغرم قيمته للمقر له

بالبينة
في حق الناس كافة والبينة حجة

لان في زعمه انما اشترى ملك الميت والشرى منه كان حسنا لا
لتخليص المغصوب من يد الغاصب فيلزمه تسليم بدله الى المقر له بالوصية
لان البائع من نفاذ وصيته قدر ما حبس عاد اليه الميراث فقد
اقر له بالوصية وقد عجز عن تسليمه الى المقر له لتسليمه الى الموصى
له بالبينة فضمن قيمته والقسم الثاني مات وترك عبدا قيمته
الف درهم فقال الوارث انه اوصى به لفلان وهذا جاره واقام
رجل البينة ان له على الميت الف دين فقضى له وبيع العبد بالدين
والوارث منكر فانه ملك العبد بسبب لم يكن للمقر له عليه سبيل
لان للقاضي ولاية بيع المشغول على الموصى له لحفظه عليه حال عجز
الموصى له عن الحفظ بنفسه ولهذا كان للقاضي ولاية بيع العبد
على الكبير الغائب حفظا لماله عليه فان حفظ الدراهم ايسر
من حفظ العبد فقد بيع القاضي في زعم الوارث وزعم المقر له
فتحولت الوصية من العبد الى بدله وهو ثمنه وكان حق الموصى
له في ثمنه وثمنه لم يصل الى المقر بعد حتى لو وصل اليه بسبب
يلزمه الرد الى المقر له بخلاف المسئلة المتقدمة لانه ليس للقاضي
نقل الوصية من العبد الى غيره وكانت الوصية باقية في عين
العبد فاذا عاد اليه لزمه تسليمه الى المقر له بالوصية ٥ فان
وجد شهود الدين عبيدا فثمن العبد للموصى له لانه ظهر ان
القضاء صدر لا عن حجة فبطل القضاء لكن لم يبطل بيعه لقيام
ولايته فيتحول حق الموصى له الى ثمنه ٥ فان مات الغلام فورثه

المقر وشيئا من ماله اخذه المقر له لانه زعم الوارث ان الالف ما ورث
دينا للموصى له على الغلام والدين مقدم على الميراث فما لم يوف حق
الموصى له لا يسلم له شيء من تركة الغلام والقسم الثالث مات
وترك ثلثه اعبد قيمتهم سواء فاقر الوارث لرجل بعبد بعينه
بعينه وصدقه المقر له وقامت بينة انه اوصى بهذا العبد الاخر
لاخر وجحد الوارث واعتق المقر له عبده قبل القضاء بالبينة نفذ عتقه
لان عتقه صادف ملكه لان قبل القضاء الثلث سالم للوارث فقد اقر له
بالوصية وصار الثلث ملكا للموصى له ظاهرا فلما ظهر بالقضاء بالوصية
بالبينة ان العتق كان باطلا لانه لم ينقض بعض العبد المعتق للموصى له
بالبينة بل قضى له بغيره الا انه لما لم يسلم الا الاكثر للوارث لا يسلم
الاصغر للمقر له فكان في معنى البدل عنه وباستحقاق بدل المعتق
لا يبطل العتق لانه لا يظهر انه اعتق ما لا يملكه ٥ فان قضى بينة الاخر
بعد عتق المعتق بقيمة ما اعتق للوارث لان الوارث انما اقر بالاصغر
للموصى له بشرط ان يسلم له الاكبر وقد زال الاكبر عن ملكه
بالقضاء فيزول الاصغر عن ملك المقر له وقد عجز عن رده بالعتق
فيلزمه رد قيمته كمن اشترى عبدا وانه ملك البايع
ودفع الثمن اليه فاستحقه رجل كان للمشتري ان يسترد
الثمن من البائع ولو اعتقه بعد القضاء لم ينفذ العتق لان
بالقضاء زال الاكبر عن ملك الوارث ظاهرا الا ان في زعمه ان
القضاء نفذ ظاهرا واذا زال الاكبر عن ملكه خرج الاصغر

من ان يكون محلا للوصية فلم يصح اقراره ظاهرا بوصيته الامعر
فقد اعتق ملك الوارث فلا ينفذه فان ملك الوارث العبد
المشهود به امر بتسليم المقر به الى المقر له ولا ينفذ اعتاقه بخلاف
ما اذا اوصى بعبد لرجل وعليه دين محيط واعتقه الموصى له ثم
ابرا الغرما الميت ينفذ عتقه والفرق ان ثمه ليس للتركه مالك
ظاهر فيتوقف العتاق على ما كان يستحق فيستظهر فان اظهر الملك
للموصى له بابراء الغرما الميت نفذ عتقه وهاهنا للعبد المقر به
مالك ظاهر وهو الوارث ولهذا لو اعتقه الوارث نفذ فتوقف
العتق على المالك الظاهر ثم متى بطل اقرار الوارث بالقضا انتقض
سبب الملك للموصى له فظهر ان الاعتاق صادف ملك الغير الا
ان الوارث لما اجبر على الاقرار امر بدفع العبد الى المقر له باقرار
وجد منه بعد العتق وكان العتق حاصلا قبل الملك فصل
مسايله على قسمين الاول ام الولد اذا قتلت سيدها وله ثلث
بنين فاقر احدهم انه كان لها ابن من ابيهم مات بعد القتل
سقط القصاص وان كذبته الجاريه لانه اقر بما يوجب سقوط
القصاص لانه زعم ان البنين بعد موت الاب اربعه وان القصاص
صار موروثا بينهم ارباعا فصار الابن القاتله على امه ربع القصاص
فسقط ذلك عنها فانها امته وتسعى في ثلثي قيمتها للباقين لانه لم يبطل
اقرار المقر على الجاحدين ولا تسعى للمقر في شي ان كذبته لان
اقراره لم يصح في حقها في حق لزوم المال عليها وان صح في حق

سقوط القصاص لانه اقرار على نفسه لانه مالك لاسقاط القصاص
عنها بالعفو وغيره وان صدقته تسعى له في ثلثه وعشرين
سهما من سته وعشرين سهما من ثلث القيمه ثلثه تسقط
عنها وتسعى في ثلثه وعشرين للمقران في زعمهما ان ربع
القصاص انقلب مالا وقد مات ابنها وترك اما وثلثه
اخوه فيكون للام من هذا الربع السدس والباقي بين الاخوه
اثلاثا فجعلنا نصيب ابنها على سته لانها اقل حساب يخرج
منه السدس للام من ذلك سهم بقي خمسه لا تستقيم على
ثلثه فاضرب في سته فصار ثمانيه عشر للام من ثلثه بقي خمسه عشر
بضم الى ثلثه الارباع فصار تسعه وستين لكل ابن ثلثه وعشرين
وللام ثلثه فصار الكل اثنين وسبعين ولو كان البنون اربعه فمات
احدهم فاقر احدهم ان الجاريه ام الميت وهذا الغلام ابنه تسعى
في ثلثي قيمتها للباقين بكل حال لان اقرار المقر لم يصح في حق الجاحدين
لانه يبطل تنقيص حقهما عن الثلثين فبقيت البنون ثلثه للجاحدين
الثلثان واما المقران كذبه الغلام والجاريه بطل حق
المقر لان اقراره صح في حق سقوط القصاص عنها ولم يصح في
حق وجوب المال عليها الا بتصديقها لانه اقرار عليها وان
صدقاه تسعى للمقر في ربع قيمتها لانهم نصادقوا ان القصاص
انقلب مالا فان حق المقر في ربع قيمتها وتقسم ما بقي من قيمتها
وهو نصف السدس بينها وبين الغلام على سته فبطل عنها اسهم

ويؤدي ما بقي الى الغلام لان المقر زعم ان الربع الذي هو نصيب ابن الميت
صار ميراثا بين الجارية وابنها السدس للام والباقي للغلام الا ان الجاحد
اخذ السدس القيمة من حق الميت بغير حق ظلما فبقي من حق ابن الميت نصف
السدس فيكون للجارية والغلام على ستة فاحتجنا الى حساب له ربع وسدس ونصف
سدس واقله اثنا عشر للجاحدين ثلثا المال ثمانية وللمقر ربعه ثلثة
بقي سهم وذلك نصف سدس الكل بين الغلام والجارية على ستة
فانكسر بالسدس فاضرب ستة في اثني عشر فصار المال كله اثنين
وسبعين فهذه تخرج المسألة ٥ وان كذب الغلام البنوة وصدقت
الجارية يعطى المقر الربع ويقسم نصف سدس الباقي بين المقر
والجارية على ثمانية خمسة للمقر وثلثة لها لانه لما كذبه الغلام
بطل اقراره ولم يثبت نسبه فصار كان ابن الميت ترك اما
وثلث اخوة ولم يترك من المال الا نصف سدس فيها للام
السدس من ذلك بقي خمسة بين الاخوة اثلاثا فانكسر فاضرب
ثلثة في ستة فيصير ثمانية عشر للام ثلثة ولكل اخ خمسة
قيل ينبغي ان لا يكون للمقر من الباقي شيء لانه يزعم ان نصيب
الابن الميت لامه واخيه ولا ميراث له قيل له تاويل المسئلة
اذا رجع المقر عن اقراره ان الغلام ابنه حتى يبطل نصيب الغلام
فيكون نصيب الميت بين الام والاخوة وقيل الجواب صحيح على
الاطلاق وهو الصحيح لان المقر اقر بالنسب بعد الموت والاقرار
بالنسب بعد الموت اقرار بالمال كما ان الشهادة بالنسب بعد

الموت شهادة بالمال حتى لو رجعا ضمنا والاقرار بالمال يبطل بالرد
والتكذيب فصار بمنزلة العدم فيما هو حق الغلام ولم يبطل في
حق المقر بتكذيب الغلام ٥

القسم الثالث في ترجيح احدى البينتين على الاخرى ٥

باب الخارج وذو اليد اقاما البينة

المبسوط مسائله على نوعين احدهما في دعوى
اليد والثاني في دعوى الملك **فصل** رجلان ادعى كل
واحد منهما دارا انها في يده ولم يعرف ذو اليد منهما كان كل
واحد منهما مدعيا ومدعا عليه فلو اقاما البينة جعلت في يد كل
واحد نصف المدعى لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة
واثبات اليد على المحل امر مقصود كالملك فاحتيج الى اثباتها
بالبينة كالملك ٥ وان اقام احدهما البينة يثبت له اليد وصار
هو المدعا عليه وان لم تقم لواحد منهما البينة فعلى كل واحد
منهما اليمين لان دعوى اليد بمنزلة دعوى الملك لان بها يتمكن
من الانتفاع بالملك فان حلفا توقف هذه الدار الى ان يعرف حقيقة
الحال لانهما لما حلفا برئ كل واحد عن دعوى صاحبه والقاضي
لم يعرف كونها في يد احدهما فيوقف الى ان يظهر حقيقة الحال ٥
وان نكل احدهما لا يقضى للحالف باليد لان القاضي لا يعرف كون
الدار في يد الناكل والنكول بذل او اقرار وذلك انما يصح من
الانسان بما في يده لكن يمنع الناكل من التعرض لهذه الدار ٥

رجل في يديه دار اقام البينة انها في يديه منذ سنتين واقام الخارج
البينة انها له منذ سنة تقضى للخارج لان بينة اليد لا تعارض بينة
الملك فان اليد محتملة تحتمل يد غصب الملك وتحتمل يد حق فلم تصر بينة
صاحب اليد دافعة لبينة الخارج ه ولو اقام بينة على عبد في يد
رجل انه كان في يده امس لا تقبل وروي عن ابي يوسف في الامالي
انها تقبل ويؤمر المدعى عليه برد ما في يده لان الثابت بالبينة العادلة
كالثابت بالمعاينة او بالاقرار ولو عاين القاضي انه كان في يد المدعي
امس او سمع اقرار المدعى عليه بذلك يامر بالرد الى المدعي وكذا هذا
وجه ظاهر الرواية ان يد المدعى عليه على المدعى به للحال ثابتة بيقين
وكونه في يد المدعي امس محتمل متردد بين ان يكون يد ملك او يد
غصب او وديعة او عارية او اجارة فلا يمكن القضا بكونه في يده
امس بحق ولا يجوز نقض اليد الثابتة بيقين بالشك والاحتمال
فان شهدوا ان ذا اليد اخذه منه او انه ابق منه فاخذه يقبل لان الاخذ
سبب موجب للرد لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت
حتى ترد فوجد ما يوجب نقض اليد الثابتة فيجب نقضها وردها
وهنا لم يثبت الاخذ من المدعي بمقتضى الشهادة لان الشهادة قامت
باليد لا بالاخذ وهي محتملة بين كونها محقة ومبطلة فلا يجب
القضا بالشك ولا ينقض اليد الثابتة بالشك

فصل

خارجان اقاما البينة على ملك مطلق في شي في يد ثالث او على الشرا
من واحد بلا تاريخ او تاريخهما سوا تقضى بالملك بينهما نصفان

وهو احد قولي الشافعي وفي قول منه تهاتر البينتان وفي قول تقضى
لمن خرجت القرعة له والصحيح قولنا لما روى محمد رحمه الله
باسناده الى تميم بن طرفة الطائي ان رجلين اختصما الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم في بعير واقام كل واحد منهما البينة
شاهدين انه بعيره فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما
نصفين ولان البينتين حجتان ظاهرا الا ان الحكم يتعلق بدليل الصدق
وهو العقل والدين الداعيان الى الصدق الصارفان عن الافك لا بحقيقة
الصدق لانها من الضماير والسراير والاصل في الحجج الشرعية متى امكن
اعمالها لا يجوز اهدارها واعمالها اذ اعمال الدليلين من وجه اولى من
تعطيله واهماله كالنصين اذا تعارضا يعمل بهما من وجه اذا
امكن ولا يصار الى تعطيلهما واهمالهما وهنا امكن العمل بالبينتين
من وجه لان المشهود به يقبل التجزي والتبعيض فقضينا بينهما
بالتنصيف عملا بالدليلين بقدر الامكان كما لو شهد شاهدان انه
اوصى بهذا العبد لزيد وشهد اخران انه اوصى بهذا العبد لعمرو
يقضى بالملك بينهما بخلاف ما لو اقاما جميعا البينة على نكاح امراة
تهاترتا لانه تعذر العمل بالبينتين لان المشهود به لا يقبل التجزي
والتبعيض وتعذر اثبات الملك لكل واحد منهما على الكمال لما
فيه من اجتماع رجلين على امراة واحدة وهذا لا يجوز وكذلك
على هذا الخلاف دار في يد رجل اقام اخر البينة انها له اجرها من
ذي اليد واقام اخر انها له اودعها ذي اليد تقضى بينهما لان كل
السهم

واحد منهما اقام البينة على ملك الدار وعلى انه دفعها اليه فاستويا
في الدعوى والحجة فاستويا في الاستحقاق فان اقام احدهما ان ذا
اليد غصبها منه واقام الآخر ان ذا اليد اقر انه اودعها او غصبها يقضى
لمدعي الغصب وهو الاول لان صاحب الغصب اثبت ببينته بطلان
اقراره لان اقرار الغاصب بكون المغصوب وديعة او مغصوبا لغير
المغصوب منه باطل لانه اقرار في ملك الغير الخارج مع ذي
اليد اذا اقاما البينة على الملك المطلق او ارخا وتاريخهما سوا يقضى
ببينة الخارج وقال الشافعي يقضى ببينة ذي اليد والصحيح قولنا
لان بينة الخارج اكثر اظهارا واريد اثباتا من بينة ذي اليد لان
بينة الخارج مظهرة كاشفة موضحة الملك من كل وجه لان الملك
لم يكن ظاهرا كاشفا له اصلا وبينة ذي اليد مظهرة الملك له من
وجه لان ملكه كان ظاهرا من وجه بظاهر اليد المتصرفة
الدالة على ملك الرقبة قبل اقامة الخارج البينة واظهار الظاهر
لا يتصور وكانت بينة الخارج اكثر اظهارا واستحقاقا فتكون
اقوى قبولا لانها في حق الزيادة حجة خلت وعريت عن المعارض فيجب
العمل بهما في حق تلك الزيادة لم يجب العمل بها في الباقي ضرورة انها
لا تقبل الوصف بالتجزية وصاحبا اليد اذا اقام كل واحد منهما
البينة انها داره فانه يقضى لكل واحد منهما بما في يد صاحبه
لانه خارج في ذلك النصف ولو اقام احدهما البينة يقضى له
بما في يد صاحبه ويترك ما في يده في يده قضاء ترك ولو لم

يكن لهما بينة يقضى بينهما نصفان قضاء ترك حتى لو اقام احدهما البينة
على صاحبه بعد ذلك تقبل **المنتقى** دار في يد رجل اقام
رجلان كل واحد منهما بينة انها داره اجرها اياه شهرا
بعشرة دراهم وقد سكنها ذو اليد الدار شهرا فالدار بينهما
نصفان ويأخذان منه عشرة دراهم فتكون بينهما استحسانا لان
الاجرة تجب بمقابلة استيفاء المنفعة وهو السكنى وقد سكن
شهرا فيلزمه اجرة شهر واحد والقياس ان يأخذ كل واحد
منهما عشرة دراهم لان كل واحد اثبت ببينته اجرة شهر
عشرة دراهم ان اقام احدهما البينة على الارث والآخر على الملك
المطلق يقضى بينهما لان الوارث يحتاج الى اثبات الملك لمورثه
ملكا مطلقا لانه قائم مقام مورثه فصار كما لو حضر مورثه
وادعى ملكا مطلقا مع هذا المدعي يقضى بينهما نصفان وكذا
هذا ان اقام احدهما على الارث والآخر على التمليك من مورث
مدعي الارث بسبب صحيح قضي بالتمليك لان التمليك بالشرا
او بالهبة يكون حال حيوة المورث والارث يكون بعد مماته
وكان التمليك بالشرا سابقا والارث لاحقا فيكون الاسبق
اولى **الجامع** اصله ان الخارجين اذا اقام احدهما
البينة على الغصب او الايداع على صاحبه فيما في يد الثالث
واقام الآخر البينة على الملك المطلق يقضى لصاحب الغصب

او الايداع لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالاقرار او
بالمعاينة ولو ثبت باقرار صاحبه او بالمعاينة انه كان غاصبا
او مودعا من جهة المدعي لا يصح دعواه انه كان مالكا لان
المالك لا يكون غاصبا ومودعا واذا بطلت دعواه لا تقبل
بينته ٥ دار في يدي رجلين اصغر واكبر اقام خارج البينة
عليهما انها داره واقام كل واحد منهما البينة انها داره
يقضى للاجنبي بالنصف ولهما بالنصف لان بينة كل واحد
من صاحبي اليد لا تقبل فيما في يده لانه ذو اليد وتقبل فيما
في يد صاحبه لانه خارج فيه وبينة الاجنبي تقبل فيما في
يديهما فقد اجتمع فيما في يد كل واحد منهما بينة الاجنبي وبينة
صاحبه فيقضى بينهما نصفان فحصل للاجنبي مما في يد كل منهما
ربع الدار فصار له نصفها ولكل واحد ربع ما في يد صاحبه
وان اقام الاجنبي البينة انها داره غصبها منه الاكبر واقام
كل واحد منهما البينة انها له يقضى للاجنبي بثلثة ارباع
الدار والربع للذي لم يدع عليه الغصب ولا شي للغاصب لانه
لا يقبل فيما في يد الاصغر الا بينة الغصب لانه ذو اليد والاكبر
مشهود عليه بالغصب وبينة المشهود عليه بالغصب لا تقبل
وتقبل بينة مدعي الغصب لما بينا فيقضى بجميع ما في يده للاجنبي
وفيما في يد الاكبر لا تقبل بينته لانه ذو اليد وتقبل بينة الاصغر

والاجنبي فيه لانهما خارجان ولم يدع احدهما على صاحبه غصبا
فيقضى بينهما نصفان وعلى هذا قالوا في ثلثة اقاموا البينات
في احدهم الغصب على احدهم بعينه انه يقضى بين مدعي الغصب
وبين من لا يدعي الغصب عليه نصفين وكذلك لو اقام رجل
البينة على ذي اليد انها داره واقام خارج اخر البينة انها داره
غصبها او اودعها هذا المقيم للبينة اولا قضي بالدار كلها
للاخر لانهما خارجان اقام احدهما البينة على غصب صاحبه فبطلت
بينة الحره وان اقام الاجنبي البينة انها داره غصبها منه الاكبر
واقام الاكبر البينة انها داره غصبها منه الاجنبي المدعي واقام
الاصغر البينة انها داره قضي بالنصف للاجنبي والنصف بينهما
لان بينة الاجنبي والاكبر قد استويا على اثبات الغصب فلم تبطل
بينة الاكبر فصار كانه اقام كل واحد منهم البينة على الملك
المطلق لا غيره ولو اقام الاجنبي البينة بالغصب على الاكبر
واقام الاكبر البينة بالغصب على الاصغر واقام الاصغر بينة
انها له قضي بثلثة ارباع الدار للاجنبي ويبقى الربع للاصغر لان
بينة الاكبر قد بطلت لان الاجنبي اثبت عليه غصبا والاكبر
لم يثبت عليه غصبا فبقي الاجنبي منفردا باقامة البينة فيما في يد
الاصغر فيقضى له بجميع ما في يده وبقي بينة الاجنبي والاصغر فيما في
يد الاكبر وهما مسموعان لانهما خارجان فيقضى بينهما نصفان
وليس للاكبر ان ياخذ الربع الذي اخذه الاصغر منه لانه لم يثبت غاصب

فيما في يد الأكبر لأن الأصغر يقول له إنما أثبت على الغصب فيما في يدي
لا فيما في يدك لأنه لا يتصور أن أكون غاصبا لما في يدك ولم يثبت من
النصف الذي كنت غاصبا فيه في يدي شيء وإن أقام الأجنبي البينة
أن الأكبر غصبها والأكبر أقام البينة أن الأصغر غصبها إياه
والأصغر البينة أن الأجنبي غصبها فيقضى بما في يد الأكبر للأصغر
وبما في يد الأصغر للأجنبي ولا شيء للأكبر لأن بينة الأكبر تبطل
فيما في يد الأصغر لأن الأجنبي أثبت عليه غصبا والأكبر لم يثبت عليه
غصبا فبقي الأجنبي منفردا بإقامة البينة فيقضى له وما في يد الأكبر
لا تقبل بينته فيه وتبطل بينة الأجنبي فيه أيضا لأن الأصغر
أثبت عليه غصبا والأجنبي لم يثبت عليه غصبا فبقي الأصغر
منفردا بإقامة البينة فيقضى له بجميع ما في يد الأكبر ولو
أقام الأجنبي البينة أن الدار له غصبها الأكبر وأقام الأكبر البينة
بالغصب عليه وأقام الأصغر البينة على غصب الأجنبي بما في يد الأكبر
للأصغر وما في يد الأصغر بين الأكبر والأجنبي نصفان ولو أقام الأجنبي
البينة أنهما غصباه وأقام كل واحد بينة بالغصب على صاحبه فالنصف
للأجنبي والنصف لهما لما عرف والله أعلم باب

أقام صح

التاريخ في الدعوى والبينة المبسوط

الدعوى لا تخلو إما أن تكون في ملك مطلق أو في ملك بسبب والعين في يد
ثالث أو في يد أحدهما أو في أيديهما وكل وجه لا يخلو إما أن أرخا أو
لم يورخا أو أرخا وتاريخهما سواء أو أحدهما أسبق أو أرخ أحدهما

ملكا مطلقا والعين في يد ثالث ولم يورخا أو أرخا وتاريخهما سواء
يقضى بينهما نصفان لأنه لم يثبت سبق أحدهما في دعوى ملك
مطلق وإن كان تاريخ أحدهما أسبق ذكر الكرخي في مختصره أن
الأسبق أولى بالاتفاق لأن الأسبق أثبت الملك في وقت لا ينازعه الآخر
فيه لأن دعوى ملك مطلق دعوى الملك من جهة المدعى عليه لأن
ما يستحقه على ذي اليد من الملك الثابت بظاهر يده يستحق
استحقاقا للملك على ذي اليد فيكون تملكا من جهته والتاريخ
معتبر في دعوى التملك كما لو ادعى التملك بالشراء من جهة المدعى
عليه وروى أصحاب الإملاء عن محمد أن الأسبق أولى في قوله
الأول وفي قوله الآخر هو وشبهه سواء لأنه لا عبرة للتاريخ في دعوى
ملك مطلق لأنه دعوى أولية الملك معنى حتى يستحق بزوائدها
المنفصلة كالنتاج والمقصود من إثبات التاريخ إثبات
زيادة الاستحقاق على خصمه ليترجح بينته على بينة الخصم
وإثبات زيادة الاستحقاق لا يتصور في دعوى أولية الملك
على أحد وكان التقدم والتأخر في دعوى الملك المطلق سواء
وإن أرخ أحدهما ولم يورخ الآخر فعند أبي حنيفة يقضى بينهما
ولا عبرة بالتاريخ وعند أبي يوسف المورخ أولى وعند محمد
المبهم أولى لمحمد أن المبهم أسبقهما وقتا من حيث المعنى
لأن دعوى مطلق الملك دعوى أولية الملك فيكون ملكه
ثابتا له كما حدث العين والخلف في المورخ ادعاه أولية

الملك منذ أرّخ فيكون ملك غير المؤرّخ سابقاً والمؤرّخ لاحقاً
فصار كما لو كان أسبقهما تاريخاً ولأبي يوسف أن المؤرّخ ملكه
متيقن في ذلك الوقت ومدّعي مطلق الملك لم يتيقن ثبوته من الأصل
فكان التاريخ أولى كما لو ادّعيا الشراء ولأبي حنيفة أنه يجوز أن الآخر
لو وقّت كان تاريخه أسبق وإنه من وقوع الاحتمال في التاريخ أنه متأخر
أو متقدم فيسقط اعتباره ويجب اعتباره فصار كما لو أقاما البيّنة
على مطلق الملك ولأن دعوى مطلق الملك تحتمل دعوى التملك من المدّعا
قبله فيكون ملكه لاحقاً كما لو ادّعيا الشراء من ذي اليد وتحتمل
دعوى أوّليّة الملك فيكون ملكه سابقاً فوقع التعارض في السبق
واللحوق فتسقط اعتبار التاريخ ويجعل كأنهما ملكا معاً بخلاف
ما لو ادّعيا الشراء لأنهما اتفقا على حدوث الملك وتلقيه من واحد
ولا بدّ للحدوث من تاريخ لأنه قد يتقدّم وقد يتأخّر فكان صاحب
التاريخ أولى هذا كله إذا كان العين في يد ثالث وإن كان في يد
أحدهما ولم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخهما سواء فالخارج أولى خلافاً
للشافعي لما بيّنا وإن كان تاريخ أحدهما أسبق فهو أولى عندهما
وهو قول محمد أوّلاً وقال محمد آخراً هو بينهما ولا عبرة بالتاريخ
عنده إلا في النتاج الذي ذكر ابن سماعة لما بيّنا وإن أرّخ
أحدهما ولم يؤرّخ الآخر أو أرّخ الخارج سنة وشك شهود ذي
اليد في السنة والسنتين قضي للخارج عندهما وكذلك لو أرّخ
ذي اليد سنتين وشك شهود الخارج في السنة والسنتين

وعند أبي يوسف بيّنة صاحب الوقت أولى لأن عنده للتاريخ عبرة
بكل حال فيقضي للمؤرّخ منهما وعند أبي حنيفة لا عبرة بالتاريخ
حالة الانفراد فقد اجتمع خارج وذو اليد تنازعا في ملك مطلق
فيكون الخارج أولى وعند محمد لا عبرة بالتاريخ أصلاً فسقط فبقي
دعوى مطلق الملك فكان للخارج وإن كان العين في أيديهما وأرّخا
وتاريخ أحدهما أسبق فعندهما الأسبق أولى تاريخاً ٥ كذا إن في يد
رجلين أقام أحدهما البيّنة على الملك منذ سنة والآخر على الملك
منذ سنتين يقضي لصاحب السنتين وعند محمد هو بينهما ولا عبرة
بالتاريخ ٥ ولو أقام أحدهما على ملك الثلث منذ سنة والآخر على
ملك الثلثين منذ سنتين يقضى لكل واحد بما ادّعى لأنه أمكن
القضاء بالثلثين مع القضاء بالثلث ٥ وإن أرّخ أحدهما دون الآخر
فعندهما لا عبرة بالوقت ويكون بينهما وقال أبو يوسف هو للمؤرّخ
هذا كله في دعوى ملك مطلق وإن كان الدعوى في ملك
بسبب كالشراء والهبة والإرث فلا يخلو إما إن ادّعيا
تلقي الملك من اثنين أو من واحد فإن ادّعيا تلقي الملك من اثنين
بالشراء أو بالميراث فإن أقام أحدهما البيّنة أنه ميراث له عن
أبيه وأقام الآخر البيّنة أنه ميراث له عن أبيه وكذلك
الشراء فالجواب فيه كما ذكرنا في دعوى ملك مطلق لأن كل
واحد يحتاج إلى إثبات الملك لمملّكه فكأنّ المالكين حضرا
وادّعيا ملكاً مطلقاً ٥ وإن ادّعيا تلقي الملك من واحد والعين

في يده ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما سواء فهو بينهما وإن كان تاريخ
أحدهما أسبق فهو له وكذا إن كان أحدهما أرخ دون الآخر
فهو للمؤرخ بالإجماع لأن التاريخ معتبر في دعوى الملك بسبب
فقد سبق بيع أحدهما وبيع الآخر معنى حادث ولا يعلم تاريخه
فيحكم به للحال وإن كان العين في يد أحدهما يقضى للذي اليد
إلا أن يؤرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخا لأنه
يحمل قبضه على قبض البيع والبيع حادث ولم يعرف تاريخهما
فيجعل كأن بيع صاحب القبض أسبق وإذا كان تاريخ الخارج
أسبق فيتبين ثبت الملك للخارج بيقين فيجب نقض يد الثابتة
بيقين عارض مسائل يستوي فيها صاحب الوقت وغير الوقت
أحدها رجلان ادعيا شراء دار من رجلين ويقول ذو اليد
الدار داري فأقاما البينة ووقتت إحدى البينتين ولم توقت
الأخرى فإنه يقضى بينهما والثانية رجل أقام البينة على دار
أنها كانت لأبيه وتركها ميراثا له منذ سنة وأقام الآخر
البينة أن هذه الدار كانت لأبيه مات وتركها ميراثا له ولم
يذكر التاريخ فهو بينهما والثالثة دابة في يد رجل ادعاها
رجلان فأقام كل واحد منهما أنها دابته نتجت عنده ووقتت
بينة أحدهما ولم توقت بينة الآخر يقضى بينهما والرابعة
الخارجان أقاما البينة أنها له ووقتت بينة أحدهما دون الأخرى
يقضى بينهما عند أبي حنيفة ذكره في الأصل وقال أبو يوسف

البينة صح

يقضى لصاحب الوقت ذكره في الإملاء وهو قول أبي حنيفة في المجرد
وقال محمد في رواية ابن سماعة يقضى للذي لم يوقت ه **المنتقى**
رجلان أقام كل واحد منهما بينة على شيء أنه في يده منذ كذا وأحدهما
يدعي منذ شهر والآخر منذ الجمعة يجعل في يد مدعي آخرهما
وقتا لأن بينة الجمعة قاضية على بينة الشهر لجواز أن اليد
كانت ثابتة وزالت بسبب صحيح واستحقاق حادث بالبينات
حجج شرعية فما كان أرجح وأصدق كان بالقبول أولى وإحدى ه
خارج أقام البينة على دار في يد رجل أنها كانت لأبيه مات
منذ سنة وتركها ميراثا له فأقام ذو اليد البينة أنها كانت
لأبيه مات منذ سنتين وتركها ميراثا له فهي للخارج لأن البينتين
إنما تثبتا موت أبيهما ولم تثبتا ملكهما فصار كما لو أقام الخارج
البينة أنها داره اشتراها من فلان منذ سنة وهو يملكها وأقام
ذو اليد البينة أنها داره اشتراها من فلان منذ سنتين وهو
يملكها فهي للمدعي لأن البينة لم توقت ملك البائعين ه عن أبي يوسف
رجل ادعى دارا في يد رجل أنها له منذ سنة وشهدت البينة أنها
له منذ عشر سنين لا يقبل لأنه أكذبها في الزيادة ولو
كان على العكس يقبل لأنه صدقهم في سنة وادعى الزيادة وفي
الأولى كذبهم في الزيادة ه خارجان أقام كل واحد البينة على
دار في يد ثالث أن أباه مات وتركها ميراثا له وأرخا موت أبيهما
قال أبو حنيفة هي لأسبقهما تاريخا لأن ملكه أقدم فيكون أحق

واحكم وقال ابو يوسف هي بينهما لان بينهما لم يوقتا ملك
ايهما ونعل ادناهما وفي بينهما موقتا اقدمهما واسبقهما ملكا
وكذلك اذا اقام احدهما البينة على الشرا من ثالث منذ سنة
والاخر اقام البينة عليه بالشرا منذ سنتين من اخر فانه يقضى
لاولهما وقتا عند ابي حنيفة لانه اسبق ملكا وقال ابو يوسف
يقضى به بينهما لان ملك البايعين لا ندري ايهما اول واقدم

باب اختلاف البينات في البيع والشرا

ونحوه المبسوط مسائله على فصلين احدهما فيما اذا ادعيا
تلقي الملك بجهة واحدة والثاني فيما اذا ادعياه بجهتين

فصل مسائله لا تخلوا اما ان ادعيا الشرا من واحد
او ادعيا الشرا من اثنين وكل وجه لا تخلوا اما ان يكون العين
بيد ثالث او في يد احدهما او في ايديهما فان ادعيا الشرا من واحد
والعين في يد ثالث واقام كل واحد منهما البينة على الشرا
منه ونقده الثمن ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا ان
شا اخذ كل واحد نصفها بنصف الثمن المسمى وان شا ترك
لان البينتين قامتا على امر حادث ولم يعرف سبق احدهما فيجعل
كانهما وقعا معا فيحكم بينهما فتعذر اثبات موجب الشرا
لكل واحد منهما على الكمال ويخير المشتريان في ذلك لانه
يدعي شرا الكل فلا يرضى بالنصف مع الشركة وهي عيب فان اختار
اخذه رجع كل واحد بنصف الثمن لان نصف المبيع لم يسلم له

وان اختار احدهما الرد والاخر الاخذ قبل تخيير الحاكم فله اخذ الجميع
وبعد التخيير ليس له الا النصف لان قضا القاضي بالبيع بينهما تضمن
فسخ عقده في النصف فلا يعود الا بالتجديد كما لو قضى القاضي
للشفيعين بالدار المشفوعة ثم سلم احدهما لم يكن للاخر الا
النصف وقبله له الكل وقبل التخيير استحق الكل بحكم
العقد وانما يعود الى النصف بحكم المزاحمة وقد انقطعت
المزاحمة برد صاحبه فيقضى له بالكل وان ارخا فالاسبق
اولى وان ارخ احدهما يقضى للمورخ لانه ثبت الملك للمورخ في
ذلك الوقت ولغير المورخ احتمل ان يكون قبله واحتمل ان
يكون بعده فلا يقضى له بالشك بل هو امر حادث والاصل
في الحوادث انه يحكم بحدوثها حال ظهورها اذا لم يتضمن
الحكم بحدوثها للحال نقض ما هو ثابت بالعبارة وان
كان العين في يد احدهما ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على
السوا او لم يورخ احدهما فصاحب اليد اولى لان له يدا ثابتة
يقينا ومعاينة فكان الحكم بحدوث شري ذي اليد وظهوره
للحال متضمنا نقض ما هو ثابت يقينا ومعاينة وهذا لا
يجوز لان الحادث يحتمل ان يكون سابقا ويحتمل ان يكون لاحقا
فلا ننقض اليد الثابتة بالشك فلم يحكم بحدوثه للحال فلم
يثبت سبق شرا المورخ فقد استويا في الاستحقاق فترجح
صاحب اليد باليد كما في النتاج الا ان يشهدوا ان شرا

المؤرخ كان قبل شرى ذي اليد فيكون للمؤرخ لانه يثبت سبق شرائه
بالبينة العادلة فيحتاج ان تنقض اليد الثابتة بالمعاينة ٥ وان
كانا ارخا فهو لاسبق منهما لانه يثبت سبقه بالحجة
المبينة ٥ وان كان العين في ايديهما يقضى بينهما في الفصول
الا اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فهو لاسبقهما ٥ وان
ادعيا الشرا من اثنين يقضى بينهما نصفين الا اذا كانت
الدار في يد احدهما فيقضى بها للاخر وصاحب التاريخ الاسبق
اولى لان المشتري يدعي تلقي الملك من جهة بايعه والملك غير
ثابت لبايعه باتفاق خصمه وكان محتاجا الى اثبات الملك لبايعه
فيجعل كان البايعين حضرا واقاما البينة يقضى بينهما اذا لم يكن
في يديهما وان كان في يد احدهما يقضى للخارج ولو ارخا فهو
للاسبق منهما وكذا هذا بخلاف ما لو كان البايع واحدا
لانهما اتفقا على ملك البايع فلا يحتاج الى ان يجعل كان البايع
حضر بنفسه بل يحتاجان الى اثبات سبب نقل الملك الى
نفسهما وقد استويا فيه فيقضى بينهما **فصل**
وان ادعا احدهما الشرا من زيد بالف والاخر الهبة من
اخر وقبضها منه والعين في يد ثالث قضى بينهما وكذلك
اذا ادعى ثالث ميراثا عن ابيه . وادعى رابع صدقة
من اخر قضى بينهم ارباعا لانهم يدعون الملك بجهات
مختلفة من اشخاص مختلفين فصاروا كان الحاضرين
الملاك الذين

حضروا واقاموا البينة على املاك مطلقة ٥ وان كان العين
في يد احدهما يقضى للخارج الا في اسبق التاريخ فهو للاسبق وان
كان في ايديهما يقضى بينهما الا في اسبق التاريخ فهو له وهذا
اذا كان المدعا به مما لا ينقسم كالعبد والدابة فاما فيما ينقسم
كالدار والعقار فانه يقضى لمدعي الشرا لان مدعي الهبة اثبت بالبينة
الهبة في الكل ثم استحق الاخر نصفه بالشرا واستحقاق نصف الهبة
في مشاع يحتمل القسمة يبطل الهبة بالاجماع فقامت بينته عليها
على هبة باطلة فلا تقبل ٥ وان ادعيا الشرا والهبة من واحد
والعين في يد ثالث فالشرا اولى لان الشرا يفيد الملك بنفسه متصلا
به والهبة لا تفيد الملك الا عند القبض وكان حكمه متراخيا
عنها فكان الشرا سابقا في افادة الملك ولان الشرا يفيد الملك
بعوض والهبة بغير عوض فاذا احتجنا الى نقض احدهما كان
ما اوجب الملك بغير عوض وفيه تقليل النقض اولى من
نقض ما اوجب الملك بعوض وفيه تكثير النقض وهو النقض
في العوضين الا اذا ارخ احدهما فالمؤرخ اولى لان العقود حوادث
والاصل في الحوادث ان يحكم بحدوثها للحال اذا لم يتضمن
نقض ما هو ثابت والحكم بحدوث الشرى والهبة للحال لا يتضمن
تفويت ما هو ثابت وهو اليد لاحدهما لفقدها فيعتبر حادثا
للحال والمؤرخ سابق على الحال فيعتبر سابقا وان كان في يد
احدهما يقضى لذي اليد لانهما استويا في اثبات الاستحقاق

والاخر ذو يد فيترجح باليد وكذلك ان ارخ احدهما لان يد صاحب
اليد ثابتة بيقين فلا ينقض بالشك والحكم بحدوث العقد للحال
تحكيم ما هو ثابت ولا يجوز لانه ثابت باستصحاب الحال وان
كان في ايديهما يقضي بينهما لان يد كل واحد منهما ثابتة
في النصف فلم يجز نقض يده بالاحتمال اعتبارا لما لو كانت ثابتة
في الكل ولو ادعى احدهما هبة مقبوضة من زيد والاخر
صدقة مقبوضة منه ايضا او كلاهما ادعيا هبة مقبوضة
فهي بينهما لانهما استويا في كونهما تبرعا وفي افتقارهما الى القبض
فلا ترجح الصدقة على الهبة باعتبار انها لازمة والهبة
لا لان هبة ذي رحم محرم لازمة كالصدقة فاستويا
وهبة الاجنبي ان لم تكن لازمة ففيها عوض معنى وطعنا
حتى لو عوضها ينقطع حق الرجوع فيها فالواهب فيصير
لازمة بالزيادة والنقصان وفي الصدقة ان كان نقص ملك
لازم ففي الهبة نقص ملك لعوض فاستويا والشرا اولى
من الرهن وكذلك الهبة بعوض اولى من الرهن لان الشرا
اقوى لانه يفيد الملك بعوض للحال والرهن لا يفيد الملك
اصلا للحال فيكون اقوى وادنى والرهن اولى من الهبة
والصدقة والقياس ان الهبة اولى لانها تثبت الملك في
الحال والرهن لا يثبت وجه الاستحسان ان الرهن ان
كان لا يفيد الملك لكنه يفيد الملك في المال بعوض وانه

عقد لازم مبرم مضمون مغرم والهبة بخلافه فيكون الرهن
اقوى والحكمه والشرا اولى من النكاح عند محمد لان الشرا معاوضة
من كل وجه والنكاح معاوضة من وجه لانه تمليك في
بدله وهو منافع البضع فكان الشرا اقوى وعند ابي يوسف هما
سوا لان النكاح وان كان معاوضة من وجه لكنه عقد لازم
متاكد لا يحتمل الفسخ والنقض وكان المهر واجبا بعقد
لازم وسبب متاكد فكان نقص الشرا من هذا الوجه
وباعتبار قصور المعاوضة دونه فاستويا واعتدلا ولو
اقام الخارج البينة على شرا دار بعينها من ذي اليد بالف
ونقده الثمن واقام ذو اليد البينة على الشرا من المدعي
بالف ونقده الثمن تهاترت البينتان عندهما وتترك الدار
في يد ذي اليد وقال محمد يقضى بالبينتين ويقضى بالدار
للخارج المدعي لان البينات حجج الشرع فيجب اعتبارها واعمالها
ما امكن وقد امكن بان يجعل كان الخارج باع من صاحب اليد
وسلمه اليه ثم باع صاحب اليد منه ولم يسلم اليه فيؤمر
بالتسليم اليه لهما ان الاصل في الحوادث ان يحكم بحدوثها
وظهورها للحال والشرا امر حادث فيجعل كانهما حدثا
معا للحال متى جهل التاريخ بينهما كما لو ادعيا الشرا
من ثالث واقاما البينة جعل كانهما وقعا معا ولو
وقعا معا بطلا كما في الاقرارين لانه اذا صدرا معا بطلا

كما في الاقوال لان الشرائين اذا صدرا معا بطلا واذا ارّخا وتاريخ احدهما اسبق
فان كان تاريخ الخارج اسبق وقد شهد الشهود بالشراء والقبض جميعا
يقضى بها لذي اليد بالإجماع لانه ثبت سبق شراء الخارج على شراء ذي اليد
بالبينة العادلة فصار كانه اشتراها الخارج سنة وقبضها منه ثم
باعها من ذي اليد وسلم اليه فان شهدوا بالشراء دون القبض فكذلك
عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه صار كان الخارج اشترى اولا
ثم باع قبل القبض وبيع العقار قبل القبض لا يصح عنده فيبقى على
ملك الخارج وعندهما بيع العقار قبل القبض جائز فيجوز البيعان ٥
فان كان تاريخ صاحب اليد اسبق يقضى بها للخارج ويقضى بالعقدين
شهدوا بالقبض او لا لانه يجعل كان صاحب اليد اشترى اولا
ثم باع من الخارج وسلم اليه والان نراه في يد ذي اليد فيؤمر
بتسليمها الى الخارج ٥ امة في يدي رجل اقام اخر البينة انه
اشتراها منه بالف واقامت الامة البينة ان مولاها الذي في
يديه اعتقها او دبرها او استولدها ولم يوقتوا يقضى بعتقها
لانه متى جهل التاريخ بينهما يجعل كانهما وقعا معا ولو وقعا
معا فالعتق اولى لانه يثبت بنفس الايجاب ولا يفتقر الى القبول
والشراء لا يفيد الملك الا بعد قبول المشتري فحين وجد القبول
فالامة حرة فكان الشراء باطلا والعتق صحيحا وصار كما لو
ادعى احدهما الشراء والاخر الهبة فالشراء اولى لانه يفيد
الملك بنفسه والهبة تفيد الملك عند القبض فحين وجد القبض

ام لا صح

فالموهوب زائل عن ملك الواهب بالشراء فلم تصح الهبة ٥
وكذلك ان وقتت بينة الشراء دون العتق فالعتق اولى لان
العتق قبض حكما وليس للشراء قبض اصلا فصار كانهما ادعيا
تلقي الملك من واحد ولاحدهما تاريخ وللاخر قبض مشهود به
فهو اولى فكذا هذا ٥ وان وقتا قضي بالاسبق كما لو ادعيا
الشراء من واحد والشيء في يد احدهما كان اسبقهما تاريخا اولى
ولو كان المشتري قبض فهو اولى حتى تقوم البينة على العتق قبل
البيع لان للمشتري قبضا معاينا حسا وللاخر قبض حكما فيكون
القبض حسا وعيانا اولى كالامة في يد انسان ادعت العتق والمولى
ادعى الملك فالقول له لانها مقبوضة في يده حسا وذكر في باب
دعوى العتاق في الاستيلاد ان بينة الاب اولى ولو اقام رجل
البينة على الشراء من ذي اليد واقام اخر على الشراء والعتق
فالعتق اولى لان لمدعي العتق قبضا مشهودا به وهو العتق فانه قبض
للمشهود به حكما ولا قبض للاخر اصلا فكان صاحب القبض
اولى كما لو ادعيا الشراء ولاحدهما قبض فهو اولى فكذا هذا
امة في يدي رجل اقام رجل البينة انها امته دبرها منذ سنة
واقام اخر البينة انها امته منذ شهر وانه اعتقها البتة
منذ شهر يقضى للمدبر لانه اسبقهما تاريخا وعند محمد اخرا يقضى
لمدعي العتق لانه لا عبرة بالتاريخ عنده وكانت بينته اكثر اثباتا
المسئلة رجل في يديه عبد اقام رجل البينة انه اشتراه منه

البد بينة انه باعه من رجل آخر ... بالف واقام ذو
بالقبض والبينة بينة ... الخارج ولو شهد شهود ذي
اليد ان مدعي الشراء كفل بالالف عن المدعا عليه بالشراء فبينة ذي
اليد اولى لان اقدامه على الكفالة اعتراف منه ببيع ذي اليد قبل
شرائه ولو اجتمع بينة الصلح وبينة البراءة من الدعوى او بينة
البيع مع بينة البراءة فبينة الصلح وبينة البيع اولى لان البراءة
قد تكون بعد الصلح والبيع وبينة الرهن مع بينة البراءة فبينة
البراءة اولى **الفتاوى** اقامت المراة بينة على دار في يد
الزوج انها لها غصبها منها واقام الزوج بينة انها داره
اشتراها منها **فقيل** يقضى بها للمراة لان الدار والمراة
في يد الزوج فكانت هي خارجية وقيل يقضى بها للزوج
لانه لا تنافي بين البينتين فيثبت الغصب اولا ثم الشراء آخرا
فيقبلان **الجامع** اصله ان البينتان اذا تعارضتا وتقابلتا
ولا تاريخ بينهما تهاترتا عندهما لانه اذا لم يعرف سبق احدهما
تعذر العمل بهما ولا يجوز اثبات سبق احدهما بالجواز
العقلي لان ذلك ظاهر حال المتصرف مع جواز ان يكون الامر
خلافه والثابت بظاهر الحال يصلح حجة للدفع ولا يصلح
حجة للاستحقاق على الغير ومتى تعذر القضاء بالبينتين تهاترتا
وعند محمد تصحح العقود ما امكن لان الاصل في الحجج اعمالها
واعتبارها لا اهمالها واهدارها وقد امكن هنا اعمالها

بتصحيح العقود متراكفة متعاقبة لما تبين تصويرها وتكوينها
لان تصحيح تصرف العاقل المتدين واجب وتنزيهه عن العبث والفساد
لازم من **المسائل** مشتملة على اصلين احدهما في المنازعة بين الخارج
وذي اليد والثاني في المنازعة بين الخارجين ثم في المنازعة بين الخارج
وذي اليد **فصل** مسائله على قسمين اما ان شهد كل واحد
من البينتين بالشراء دون القبض او شهدوا بهما جميعا
اما القسم الاول فدار في يد رجل اقام رجل البينة انها داره
اشتراها من ذي اليد بالف واقام ذو اليد البينة انها داره
اشتراها من المدعي بالف تهاترت البينتان عندهما لانه تعذر القضاء
بهما لتعذر تعين احد الشرائين على الآخر وقال محمد يقضى بهما
فيجعل كان صاحب اليد اشترى اولا وقبض ثم باع من الخارج ولم
يسلم اليه فيؤمر بالتسليم اليه ه وان قامت البينتان على نقد
الثمن فلا سبيل لواحد منهما على صاحبه وان لم يقبضا صار الثمنان
قصاصا والدار للخارج **واما** القسم الثاني لو ذكر كل بينة
قبض الدار والمسألة بحالها تهاترت البينتان عندهما وتترك
الدار في يد ذي اليد وعند محمد يقضى بهما فيجعل القبض المعاين
لاحدهما آخر القبضين ويجعل ذي اليد آخر المشتريين فيجعل كان
الخارج اشترى اولا وقبض ثم باعها من ذي اليد وقبض فيقضى
بالدار له ه ولو اقام الخارج البينة انه اشتراها من ذي اليد

اصول

بخمسمایه درهم واقام ذو الید البینه انه اشتراها من الخارج بالف
ولم یتعرضوا للقبض بطلتا عندهما وعند محمد تجعل لذی الید لانه
تجعل القبض معاینا لعل البیعتین وصاحبه صاحب اول العقدین
لان في تقدیم احد الشراءین افساد الاخر فانا متى قدمنا شرى
ذی الید یصیر کانه اشتراه اولا بالف وقبضها ثم باعها بخمسمائه
قبل نقد الثمن فیصیر الخارج مشتریا ما باع باقل مما باع قبل نقد
الثمن فلم یصح شراؤه ومتى قدمنا شرى الخارج یصیر بایعا المبیع
العقار قبل القبض فانه جایز عنده الا انه لیس للخارج فیقدمنا احد
معاین فجعل القبض المعاین لذی الید اولى القبض تصحیحا للعقدین
لان العمل بالبینات اولى من العمل بالبینتین تعابره ولو ذکر الشهود
القبض تهاترتا عندهما وعند محمد تجعل کان صاحب
الید باع اولا وسلم ثم اشترى اجرا وقبض لان فیه تصحیح
العقدین لانه یصیر کان الخارج اشترى اولا بخمسمایه وقبض
ثم باع من ذی الید بالف وسلمه فیکون الثانی شرا لما باع باکثر
مما باع بعد القبض قبل نقد الثمن فیجوزه ولو کان شرا الخارج باکثر
ولم یذکر الشهود المقبوض تجعل شرى ذی الید اولا ثم باع باکثر
بعد القبض صح البیعان ویومر بتسلیم الدار الى الخارج ویصیر
لخمسمائه بمثلها قصاصا وعلى الخارج خمسمائه اخرى ولو ذکروا
التقابض تهاترتا عندهما وعند محمد تجعل شرى ذی الید اولا

استحسانا لان في تقدیم شرا الخارج افساد احدهما وهو شرى
ذی الید لانه شرا لما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وکان تقدیم
شرى ذی الید اولى **فصل** خارجان تنازعا في دار في ید ثالث
وادعى کل واحد منهما البیع من صاحبه واقاما البینه
تهاترت البینتان عندهما ولا یقضی لشی استحسانا والقیاس
بالقضی بالدار بینهما لان البینتان قامتا على اثبات البیع واثبات
الملك في جمیع الدار ولا یمکن القضا باثبات البیعین لانه لما
جهل التاریخ بینهما یجعل کانهما وقعا معا ولو وقعا معا
بطلا لاستحاله کون الشخص الواحد في وقت واحد لشی
واحد بایعا ومشتریا فلا تقبل البینتان على اثبات البیع
وتقبل على اثبات الملك لهما کما لو اقام کل واحد البینه
على ان الدار له ولم یدع البیع تقضی بالدار بینهما کذا هنا
وجه الاستحسان ان کل واحد ینسب نفسه الى السهو والغفله
لان الفریقین اتفقا على ان البیعین کانا في وقتین الا انهما جهلاه ونسیاه
وشهادة المغفل لا تقبل کما لو شهدا ان فلانا اعتق عبده ونسیا اسمه الا انا
لسنا ذلك فکذى هنا وعند یقضی بالدار بینهما ویشتری کل واحد
منهما النصف من صاحبه والثمن قصاص لان القضا بالعقدین غیر
ممکن لان احدهما اذا اشترى من صاحبه لم یصح بیعه قبل القبض
فیقضی بشری واحد فصار کان کل واحد منهما باع نصفها واشترى
منه نصفها ویجوز ان یکون کل واحد بایعا ومشتریا بالنسبین في وقت

شرا ذی الید لصحة العقدین لانه یصیر الخارج مشتریا ما باع باکثر مما باع عنده وهو یقع صح

واحد ولو ذكروا القبض وكذلك عندهما وعنده الدار
بينهما نصفان ولكل واحد على صاحبه جميع الثمن لأنه
لم يستحق على كل واحد منهما شيء من المبيع وذكر محمد
وله الخيار والصحيح أن لا خيار له لأن كل واحد أثبت
على صاحبه الشرى في الكل إلا أن النصف منه إنما استحق
على كل واحد منهما ببيعه من صاحبه كأن كل واحد صار
بائعا نصفه من صاحبه فلم يثبت في حق كل واحد إلا
شرى النصف فلم يستحق على كل واحد شيء من المبيع وكان
كمن اشترى عبدا ثم باع نصفه من غيره لا يثبت للمشتري
الخيار فكذا هنا بخلاف ما لو ادعى كل واحد الشرى على
ذي اليد وأقاما البينة تقضى بينهما ويخير كل واحد
لأن كل واحد أثبت على صاحب اليد الشرى في الكل فصار
في حق المدعى عليه الملك ثابتا في الكل ثم استحق عليه نصفه
ببينة خصمه فيثبت الخيار بسبب الاستحقاق وبخلاف
البيع ثمة الخيار فيه لأن كل واحد من المدعيين في البيع
معترف بالخيار لخصمه لأنه يقول بعته الكل فلم يسلم له
إلا النصف فيثبت الخيار باعترافه وفي الشرى كل واحد منكر
البيع من صاحبه فلم يعترف بالخيار فلم يثبت له وإن ادعى
أحدهما البيع من صاحبه بألف وادعى الآخر بخمسمائة لم يقض بشيء
عندهما ذكروا القبض أم لا وعند محمد إن ذكروا القبض جعل كأن

البائع باع بخمسمائة أولا ثم باعه صاحبه بالألف وهذا لأنا متى قدمنا
البيع بالأكثر على البيع بالأقل بطل البيع بالأقل لأنه صار مشتريا ما باع
بأقل مما باع قبل نقد الثمن ومتى قدمنا البيع بالأقل صح البيعان لأن
الثاني صار مشتريا ما باع بأكثر مما باع وذلك جائز فكان تقديم
ما فيه تصحيح للعقدين أولى فيصير الخمسمائة قصاصا ويرجع من
عليه الألف بالخمسمائة أخرى وإن لم يذكروا القبض لم يقض
بالبيعين لأنا أيهما قدمناه لم يصح بيع الآخر لأنه باع ما لم يقبض
فقضينا ببيع واحد منهما وخيرنا كل واحد منهما لأن كل واحد

فصل

باع من صاحبه جميع العبد ولم يسلم له إلا النصف
أصله أن البينة إذا شهدت بالعقد لا بالقبض فإنه يجعل
القبض المعاين لأحدهما أول القبوض ويجعل عقود مشتبهة ويجعل
صاحب القبض أول المشترين تصحيحا للأشياء وتنزيها
لها عن الفساد وإذا شهدت البينة بالعقد والقبض جميعا
يجعل القبض المعاين المشاهد آخر القبوض ويجعل عقود
مشتبهة ويجعل صاحب القبض آخر المشترين لأن
القبض متى ظهر عقيب عقد فإنه يحال بالقبض على
العقد لأنه ظهر عقيب سببه والحكم متى ظهر عقيب سببه
يحال بالحكم عليه كمن جرح رجلا ومات يحال بالموت على الجرح
إلا إذا كان في جعله آخر القبوض إفساد بعض العقود فإنه

جعل أول المقبوض تصحيحا للعقود ك دار في يدي رجل يسمى محمدا أقام بكر
البينة على الشراء من هذه المرأة بألف وأقامت المرأة البينة على الشراء من
بكر بألف وأقام ذو اليد البينة على الشراء من بكر ولم يذكروا القبض فبينة محمد
مقبولة ويقضى بالشراء من بكر وبينة بكر والمرأة باطلتان عندهما لأن
كل واحد منهما ادعى الشراء من جهة صاحبه ولم يوجد فتعارضا فتهاترتا
وتدافعتا فصار كأنهما لم يقيما البينة أصلا وإنما تفرد محمد بإقامة البينة
ولا دافع لبينته لأنه لم يدع أحد الشراء من جهته فتقبل بينته وعند
محمد يقضى بشراء بكر من المرأة وبشراء محمد من بكر ولا يقضى لمشتري
المرأة لأن الدار وإن كانت في يد محمد حقيقة ولكنها في يد بكر
حكما لأن محمدا اعترف بأن اليد والملك في هذه الدار كان لبكر
لأنه ادعى تلقي الملك من جهته فيكون معترفا له باليد فصار كما لو كانت
الدار لبكر حقيقة فيجعل القبض المعاين أول قبوض بحكم هذه الأشرية
ويتقدم شراء بكر من المرأة فيجعل كأن بكرا اشترى أولا من المرأة وقبض
ثم ادعى محمد والمرأة الشراء من بكر وأقاما البينة فيكون صاحب اليد أولى
ك ولو كانت الدار في يد بكر والمسألة بحالها فكذا الآن عندهما وعند محمد
يقضى بشراء بكر من المرأة ثم يتنازع فيها محمد والمرأة وهما خارجان
فيقضى بينهما ويحتوان ك ولو كانت الدار في يدي المرأة لا يقضى بشيء
عندهما قيـــل ينبغي أن يقضى بشراء بكر على المرأة ثم بشراء محمد
من بكر لأن بيع العقار قبل القبض جائز عندهما قلنـــا امتناع
جواز بيع محمد من بكر لعدم الملك لا لعدم القبض لأن بينة بكر على المرأة
اشترى

لما بطلت عندهما للتعارض والتهاتر لم يثبت لبكر ملك بالبينة ولا
بإقرار المرأة لأنها إن كانت تدعي أنها تلقت الملك من بكر فبكر أقر
بمثل ذلك للمرأة أيضا فبطل إقرارهما وبينتهما للتعارض والتدافع
وإذا لم يثبت الملك لبكر صار بائعا من محمد ما لا يملكه فلم يصح وعند
محمد يقضى بشراء المرأة أولا من بكر ثم بشراء بكر منها ولا يقضى بشراء
محمد لأن عنده القبض المعاين يجعل أول القبوض بحكم الشراء فصار
كأنها اشترت أولا من بكر وقبضت ثم باعت من بكر ولم تسلم إليه
فتؤمر بالتسليم إليه ثم بكر صار بائعا من محمد ما اشترى قبل القبض وعنده
بيع العقار قبل القبض لا يجوز ك وإذا شهدوا بالأشرية والقبوض جميعا
والمسألة بحالها فإن كانت الدار في يد محمد فعندهما يقضى بشراء محمد
وتهاترت بينة بكر والمرأة لأن بينتهما متعارضة متدافعة
وبينة محمد خلت عن المعارضة وعند محمد يقضى بالعقود كلها لأنه يجعل القبض
المعاين آخر القبوض بحكم الشراء فيجعل كأن المرأة اشترت أولا من بكر
وقبضت ثم باعت من بكر وقبض ثم باع من محمد وقبض فيجوز الأشرية
كلها ويقضى بالأثمان كلها وإن كانت الدار في يد بكر فعندهما بينته وبينة
محمد مقبولة وعند محمد يقضى بجواز البيوع كلها فيجعل كأن المرأة اشترت
أولا من بكر وقبضت ثم باعت من بكر وقبض ثم باع بكر من محمد ولم يسلم
فترد الدار على محمد ك وإن كانت الدار في يدي المرأة عندهما يقضى بشراء
بكر من المرأة ثم بشراء محمد منه فتقبل بينة بكر ولا تقبل في الفصلين
الأولين والفـــرق لهما أن هنا لو لم تقبل بينة بكر لا تجوز

شرا محمد من بكر لان الدار ليست في يده حقيقة ولا حكما لما بينا فكان في
قبول بينته جواز شرا محمد فترجحت بينة بكر على بينة المراة فقبلت
وفي الفصلين الدار في يد بكر حقيقة او حكما لا قرار محمد ان اليد في هذه الدار
كانت لبكر لما ادعى تلقي الملك من جهته فجاز شرا محمد من بكر مع غيبة بينة
فكانت بينة بكر مساوية لبينتها فتهاترتا كالحر في يده عبدا قام مكاتب
البينة انه عبده باع من هذه المراة بالف واقامت المراة البينة على البيع من
المكاتب بعشرة اكرار حنطة واقام الحر البينة انه اشتراه من المكاتب
بهذا الوصف وشهدوا بالاشربة دون القبوض فعندهما يقضي للحر وتبطل
بينة المراة والمكاتب للتعارض وبعود الحر باقامة البينة وعند محمد
يقضي ببيع المراة من المكاتب ثم المكاتب من الحر وبينة المكاتب على بيعه
من الحر باطلة لان الحر ببينته يثبت الملك لنفسه والمكاتب ببينته
يثبت الملك لغيره فكانت بينة الحر اولى لانه اشبه بالمدعين ولان يد
الحر كيد المكاتب لما ادعى الشرا وتلقي الملك منه فيجعل قبض المكاتب اول
القبضين بحكم البيعين المشتبهين وانما يكون قبضه اول القبضين اذا كان
بيع المراة سابقا على بيع المكاتب فيقضي ببيع المراة منه اولا ثم الحر
والمكاتب ادعيا الشرا من المراة وللحر قبض معاين فكان اولى ولو كان
العبد في يد المكاتب يقضي بشرا الحر عندهما وكذلك عند محمد لان عنده
يقضي ببيع المراة من المكاتب اولا لان قبض المكاتب يجعل اول القبضين
بحكم البيعين المشتبهين فوجب تقديم بيع المراة منه ثم تنازع المكاتب
والحر فيكون بينة الحر اولى لانه يثبت الملك لنفسه والمكاتب
يثبت الملك لغيره وهي المراة ولو كان في يد المراة لا يقضي بشي عندهما

لانهما تبينه المراة والمكاتب لان كل واحد منهما ادعى على صاحبه
مثلما ادعى صاحبه عليه ولما بطلت بينتهما صار كانه باعها من الحر ما لا يملكه او صار بايعا المنقول قبل القبض فلا
يجوز بيعه لعدم الملك وللعجز عن القبض وعند محمد يقضي ببيع المكاتب
من المراة ثم بيعها منه ثم لا يصح بيعه من الحر لانه يجعل كان
المكاتب باع من المراة اولا وقبضه ثم باعت من المكاتب ولم تسلم اليه
فهو مو بالتسليم اليه ويبطل بيع المكاتب من الحر لانه بيع قبل
القبض وان شهدوا بالاشربة والقبوض جميعا والعبد
في يد الحر فعندهما بينة المراة والمكاتب باطلتان لانهما
تهاترتا وبينة الحر مقبولة لان الحر ادعى تلقي الملك
من المكاتب فكان مقرا انه استفاد الملك والقبض من جهته
فصار كونه في يد الحر ككونه في يد المكاتب فيجوز بيعه
من الحر فصار كان الحر تفرد باقامة البينة وعند محمد
البينات كلها مقبولة والعقود بالصحة محكومة ويؤمر المكاتب
بتسليم العبد الى الحر لان الشهود متى شهدوا بالاشربة
والقبوض يجعل القبض المعاين اخر القبوض والقبض المعاين
للحر فيجعل قبضه اخر القبوض فيجعل كان المكاتب باع اولا
من المراة وقبضته ثم المراة باعت من المكاتب وقبض ثم
المكاتب من الحر وقبض لان فيه صحة العقود كلها وان كان في يد
المكاتب قضي به للحر عندهما وعند محمد تقضى بالعقود كلها

على ما وصفنا ويؤمر بتسليم العبد الى الحر وان كان في يد
المرأة عندهما يقضى ببيع المولى من المكاتب ثم المكاتب
من الحر لان في بينة المرأة زيادة اثبات لان بينتها تثبت
حقا للحر وهو جواز شرائه من المكاتب لانه لا يجوز شرا الحر
من المكاتب ما لم يثبت بيع المرأة من المكاتب لانه يصير بايعا ما لا
يملكه وما ليس في يده فترجحت بينتها على بينة المكاتب فصارت
اولى بالقبول وبطلت بينة المكاتب وعند محمد يقضي بالعقود كلها
ويجعل كان المكاتب باعها وسلم ثم المرأة منه ثم المكاتب من الحر ثم
وصل الى يد المرأة فيجب نقض قبضها فقد ترك محمد اصله في
هذه المسألة فانه لم يجعل القبض المعاين اخر القبوض بحكم
البيع لان عنده انما يجعل القبض المعاين اخر القبوض اذا كان فيه
تصحيح العقود كلها وهنا متى جعلنا القبض المعاين للمرأة اخر
القبوض فسد بيع المكاتب من الحر لانه يصير بايعا المنقول
قبل القبض فجعلنا ترتيب البيوع على النهج الذي ذكرنا تصحيحا
للبيوع كلها ولو كان الحر يدعي البيع من المكاتب بمائة دينار والمسألة
بحالها وهو في يد الحر ولم يذكروا القبض يقضى ببيع الحر منه عندهما
لتهاتر بينتي الاخرين وتدافعهما لا يستويان في الاثبات وانما
تفرد الحر باقامة البينة انه باعه من المكاتب بمائة دينار
فيقبل وكذلك عند محمد لانه يجعل صاحب القبض المعاين وهو
الحر صاحب اول العقدين لان القبض فيما يؤكد البيع

بيد صك ...

ويقدر على تسليمه فقد باع الحر ما يقدر على تسليمه فصح والمكاتب
والمرأة باعا ما لا يقدر على تسليمه فلم يصح فكان بيع الحر اكد
واثبت فكان القضاء بالتاكد احق ٥ ولو كان في يد المكاتب
وكذلك عندهما لتهاتر بينة المكاتب والمرأة وتدافعهما ولتعرى
بينة الحر عن المعارضة والمدافعة وعند محمد يقضى بالعبد للمكاتب
نصفه من الحر ونصفه من المرأة بنصف الثمن ثم يقضى ببيع المكاتب
منهما كله لان الحر والمرأة خارجان وقد استويا في اقامة البينة على
بيعهما من المكاتب فيقضى بالعبد كله للمكاتب ويؤمر بتسليمه
الى المرأة لان المكاتب اثبت بيعه منها بالبينة العارية عن المعارضة
ولا خيار للمكاتب في البيعين الاولين لانه خرج عن ملكه ببيعه
من المرأة فسقط خياره وانما قدم بيع الحر والمرأة لان القبض
المعاين للمكاتب فجعل قبضه اول القبوض بحكم البيع وانما
يصير قبضه اول القبوض اذا قدمنا بيع الحر والمرأة من المكاتب
فصار كانهما باعا العبد من المكاتب وقبضه ٥ وان كان
في يد المرأة قضي ببيع الحر من المكاتب عندهما وكذلك عند
محمد لان الحر والمرأة اقاما البينة على البيع من المكاتب والحر
خارج والمرأة صاحبة اليد فكانت بينة الخارج اولى ٥ ولو
ذكروا القبض والمبيع في يد الحر قضي ببيعه من المكاتب وبتسليم
العبد لكونه غصبا في يد الحر عندهما وعند محمد كذلك لانه
يجعل كان الحر باع من المكاتب والمكاتب باع من المراة ثم

المراه من المكاتب وسلمت اليه ثم عاد الى يد الحر بالوديعة او
الغصب فيومر بتسليمه الى المكاتب لانه تعذر ان يجعل القبض
المعاين هنا اخر القبوض لحكم البيع لان في تقديم بيع الحر جواز البيوع
كلها وفي تقديم بيع المراه او المكاتب فساد البيوع كلها بيع
الحر لانه متى تقدم بيع المكاتب او المراه يصير الحر مقضيا عليه
ببينة المراه او المكاتب والمقضي عليه لا تقبل بينته على ملك
مطلق فيصير بايعا ما لا يملكه فلا يجوز فصار تقديم بيع الحر اولى
ولان بيع الحر اكثر لانه شاكر بعضه بالحس والعيان وللمكاتب
والمراه قبض بالخبر والبيان والثابت بالمشاهدة والعيان فوق
الثابت بالخبر والبيان ولو كان اقاما البينة على الشرا والقبض من واحد
ولاحدهما قبض معاين كان هو اولى كذلك ان كان في يد المكاتب
عندهما وكذلك عند محمد لانه جعل كان الحر باع من المكاتب
اولا وسلمه اليه ثم باع المكاتب من المراه وسلم اليها ثم باعت
المراه من المكاتب وسلمت اليه فامكن ان يجعل القبض المعاين اول
القبوض مع جواز البيوع ❁ وان كان في يد المراه ترك المبيع
في يدها وتهاترت بينة المكاتب والمراه ويقضي للحر على المكاتب
بالثمن عندهما لان الحر لا يدعي حقا في العين فلا حاجة الى القضا
بالعقد وانما يدعي الثمن على المكاتب ويمكنه اخذ الثمن من المكاتب
من غير ان يسلم العين اليه لانه قد سلم اليه مرة وعند محمد يقضي بالعقود
كلها لان في تقديم بيع المراه فساد العقود وفي تقديم بيع الحر من المكاتب
جوازها فكان تقديم بيع الحر اولى ❁ دار في يد حر اقام البينة انها داره باعها من المكاتب
باعها من

بالف واقام المكاتب البينة انها داره باعها من هذه المراه بالف
واقامت المراه انها باعتها من الحر بالف ولم يذكروا القبض
تهاترت البينات كلها عندهما وكذلك لو اقاموا البينة
على القبض ايضا لان كل واحد منهما انتصب بايعا ومشتريا
ومدعيا ومدعى عليه في وقت واحد لانه متى جهل التاريخ
بينهما جعل كانها وقعا معا والواحد لا يصلح بايعا ومشتريا
في وقت واحد وعند محمد اذا لم يذكروا القبض يقضي ببيع المراة
من الحر وبيع الحر من المكاتب واذا ذكروا القبوض يقضي
بالعقود كان الحر باع من المكاتب ثم المكاتب من المراه ثم المراة
من الحر فيكون قبض الحر اخر القبوض لحكم البيع مع تصحيح البيوع
كلها فكان هذا اولى ❁ ولو اقام الحر البينة على الشرا من المكاتب
بالف والمكاتب على الشرا من المراه والمراة من الحر بالف
فالبينات متهاترة متباطلة عندهما ذكروا القبض ام لا
لان كل واحد منهما حصل بايعا ومشتريا في وقت واحد
وفيه تضاد وعند محمد ان لم يذكروا القبض قضي بشرى الحر من
المكاتب وقبضه لان القبض المعاين جعل اول القبوض لم يشترى
المراه من الحر ولم يقبض ويكون شراها صحيحا لانه صدر بعد قبض
المبيع ولم يصح شرا المكاتب لانه وقع قبل قبض المراه المبيع واذا
ذكروا القبض يصح الكل كان المراة اشترت اولا من الحر
ثم المكاتب من المراة ثم الحر من المكاتب لان الحر قبض معاين فجعل

فيجعل الجارية للآخر من المشتريين ۞ امة في يد رجل اقام رجل البينة
انه اشتراها من هذا بألف وقبضها واقام المدعى عليه البينة على الشرا
منه بخمسمائة والقبض واقام آخر البينة على الشرا والقبض من ذي
اليد بألف يقضى له عندهما وتهاترت بينة الأولين للتعارض
والتدافع ويقضى للذي لا معارض في حقه وعند محمد يقضى بشرى
ذي اليد من الذي نازعه أول مرة ثم يقضى بشرا المدعيين من ذي
اليد ويخير المشتريان لانا لو بدأنا بشرائهما من ذي اليد وجب
القضاء بينهما ثم لا يصح شرا ذي اليد الامة كلها من احدهما واذا
جعلناكما قلنا صح شراؤها بعد فكان هذا اكثر تصحيحا فكان
اولى

باب الرجلان يقيمان البينة على شي في ايديهما

المبسوط رجلان في ايديهما دابة او متاع فاقام كل
واحد منهما بينة على انه له يقضى لكل واحد بما في يد الآخر
لان كل واحد خارج عما في يد الآخر وقد اجتمع بينة الخارج
وبينة ذي اليد والدعوى في الملك المطلق فيكون بينة الخارج
اولى وان اقام كل واحد منهما بينة انه له نتجه في ملكه فهو
بينهما نصفان لان في كل واحد من النصفين اجتمع بينة الخارج
وبينة ذي اليد والدعوى في النتاج فيكون بينة ذي اليد اولى
المنتقى دار في يدي رجلين اقام احدهما البينة ان له نصف
هذه الدار مقسوما واقام الآخر البينة ان له نصفها مشاعا

فالنصف لمدعي المقسوم والباقي بينهما لان مدعي المشاع
كان في يده نصف مشاع فلا تقبل بينته فيه لانه صاحب اليد
وتقبل فيه بينة صاحبه لانه خارج والنصف المقسوم في
ايديهما وقد استويا في البينة ۞ قال محمد في رجلين في ايديهما دار
فادعى احدهما جميعها وادعى الآخر نصفها واقاما البينة على
ذلك فالدار لمدعي الجميع لان شهود مدعي النصف انما شهدوا
له بالنصف لما بينهم وشاهدتهم الدار في يديه وفي يدي صاحبه
ولو شهد شهود صاحب النصف انها كانت ميراثا بينهما
نصفين من ابيهما واقام الآخر البينة على الجميع فالدار بينهم
ارباعا لانهم لما شهدوا على الميراث فقد شهدوا ان له النصف
مما في يد صاحبه ۞ ولو شهدت احدى البينتين على انهما اشتريا
من فلان بينهما نصفان وشهدت الاخرى على مشتري الجميع فالدار
بينهما نصفان لان البينتين تهاترتا وتكاذبتا في شرا الجميع فبطل
حق مدعي الجميع في الجميع ۞ دار في يدي اخوين فادعى احدهما
كلها وادعى الآخر انها ميراث بينهما من ابيهما فلمدعي كلها ثلثة
ارباعها وللآخر ربعها وكذلك ان اقاما البينة على ما ادعيا
لانه صار النصف الذي في يد مدعي الكل ميراثا بينهما نصفان
والنصف الذي في يد مدعي الميراث لمدعي الكل ۞ فان اقام آخر
البينة انها داره فاستحقها ثم وهبها لمدعي الكل فلا شي لأخيه

فيها فان وهبها لمدعي الميراث اخذ اخوه نصفها لانه اقر انها
كانت ميراثا بينهما ۞ باب دعوى الرهط ودعواهم
مختلفة المبسوط مسائله على قسمين اما ان كان المدعى به
في يد غيرهم او في ايديهم اما القسم الاول ادعى رجلان دارا
في يد ثالث ادعى احدهما كل الدار والاخر نصفها واقاما جميعا
البينة على ما ادعيا فعند ابي حنيفة لصاحب الجميع ثلثة ارباعها
ولصاحب النصف ربعها وعندهما لصاحب الجميع ثلثاها ولصاحب
النصف ثلثها لان عنده تقسم على طريق المنازعة وعندهما على سبيل
العول والمضاربة لما عرف في دلايلهم وفي حساب الوصايا فالقسمة
على طريق المنازعة ان تجعل الدار على اربعة اسهم لحاجتنا الى حساب
له نصف ولنصفه نصف صحيح واقل ذلك اربعة فنقول لا
منازعة لمدعي النصف فيما زاد على النصف ويدعيه صاحب
الجميع فيكون له بقي النصف الاخر وذلك سهمان استوت منازعتهما
فيه فيقضى بينهما نصفان لكل واحد منهما سهم واما القسمة
على طريق العول والمضاربة ان يضرب مدعي الجميع بالكل وذلك
سهمان ومدعي النصف بالنصف وذلك سهم فتقسم الدار بينهما على
ثلثة اسهم ۞ وان كانت الدار في ايديهما يقضى بالكل لصاحب
الجميع لان مدعي النصف لا يدعي شيا مما في يد صاحبه لان نصفها
في يده ومدعي الكل يدعي ما في يد صاحبه فكانت بينته اولى

لانه خارج ۞ دار منزل منها في يد رجل ومنزل في يد اخر ادعى
احدهما جميع الدار والاخر نصفها فلمدعي الكل ما في يده ونصف
ما في يد الاخر لان مدعي النصف اقر بنصف ما في يده لصاحبه لما
قال الدار بيننا نصفان وادعى نصف ما في يد صاحبه وصاحبه
ينكر ما يدعيه وصدقه فيما اقر به فيصح اقراره ولا يصح دعواه
الا ببينة فيومر بنصف ما في يده الى مدعي الكل ولو كانت الدار
في ايديهما شايعا كانت بينهما نصفان لانه ما اقر بشي مما في يده
لصاحبه لانه اقر بنصف شايع وفي يده نصف شايع كما اقر به
بخلاف الاولى لان اقر بنصف الدار شايعا فيكون مقرا له
بنصف شايع من المنزل الذي في يده لان هذا المنزل الذي اقر
لصاحبه من ذلك نصف شايع كله في يده ليس شي منها في يد
صاحبه ۞ دار سفلها في يد احدهما والعلو في يد اخر وطريق
العلو في الساحة فادعى كل واحد ان الدار له فالدار لصاحب
السفل الا العلو وطريقه فانه لصاحبه لان كل واحد يدعي ما
في يده وما في يد صاحبه فيصدق فيما في يده ولا يصدق فيما في
يد صاحبه الا ببينة ۞ دار في يد رجل ادعى رجل جميعها
والاخر ثلثيها واخر نصفها واقاموا البينة فعند ابي حنيفة
لصاحب الجميع سبعة من اثني عشر ولصاحب الثلثين ثلثة
ولصاحب النصف سهمان وعندهما الدار بينهما على ثلثة عشر
لصاحب الجميع ستة ولصاحب الثلثين اربعة ولصاحب النصف

ثلثة فالقسمة على طريق المنازعة انه لا منازعة لصاحب الثلثين والنصف
فيما وراء الثلثين وذلك اربعة اسهم فيكون لصاحب الجميع ولا
منازعة لصاحب النصف فيما وراء النصف الى الثلثين وذلك
سهمان فيكون بين صاحب الجميع والثلثين نصفان لاستوائهما في
المنازعة فيه لكل واحد سهم بقي النصف وذلك ستة اسهم
استوى منازعتهم فيها فيكون بينهم اثلاثا لكل واحد سهمان فاما
القسمة على طريق العول والمضاربة ان يضرب مدعي الجميع بالكل
وذلك ستة اسهم وصاحب الثلثين بالثلثين وذلك اربعة اسهم
وصاحب النصف بالنصف وذلك ثلثة اسهم فيصير ثلثة عشر
ولو كانت الدار في ايديهم ولا بينة لهم حلف كل واحد منهم على دعوى
صاحبه فان حلفوا فالدار بينهم اثلاثا لان كل واحد منهم قطع
بيمينه دعوى صاحبه فصار الحال فيما بعد الحلف كالحال
قبله وقبل الحلف الدار بينهم اثلاثا لاستوائهم في احتواء اليد
على الدار فكذلك بعد الحلف • وان حلف صاحب الجميع
ونكلا فالدار لصاحب الجميع لانه نقض بنكولهما له وان حلف
صاحب الثلثين ونكلا اخذ سدسا منهما من صاحب الجميع وسدسا
من صاحب النصف مما في يده وهو الثلث لانه قضي بنكولهما
له في الثلث مما في ايديهما وان حلف صاحب النصف ونكلا فله
ما في يده وياخذ نصف سدس من صاحب الجميع ونصف سدس
من صاحب الثلثين لان بقي الى تمام النصف السدس وذلك

السدس في ايديهما نصفان • ولو حلف مدعي الجميع ومدعي الثلثين
ونكل مدعي النصف فعند ابي حنيفة يسلم لمدعي الجميع نصف ما في
يد صاحب النصف بلا منازعة لان مدعي الجميع يدعي جميع ما في
يد صاحب النصف ومدعي الثلثين يدعي نصف ما في يده لان ثلث
الدار في يده يبقى الى تمام دعواه الثلث وهو سهمان في ايديهما نصفان
فيكون نصف الثلث في يد صاحب النصف فقد سلم نصف ما في
يده لمدعي الجميع والنصف الاخر استوت منازعتهما فيه فيجعل
بينهما نصفان فيقسم ما في يد صاحب النصف بينهما ارباعا وعندهما
يقسم اثلاثا ثلثاه لمدعي الجميع وثلثه لمدعي الثلثين لما عرف •
ولو حلف مدعي النصف ومدعي الكل ونكل مدعي الثلثين فعنده
يقسم ما في يده على ثمانية اسهم لمدعي النصف سهم وسبعة لمدعي
الكل وعندهما يقسم اخماسا خمس لمدعي النصف واربعة اخماسه
لمدعي الكل على ما عرف • ولو حلف مدعي النصف ومدعي
الثلثين ونكل مدعي الجميع فما في يده يقسم على اربعة اسهم لمدعي
النصف وسهمان لمدعي الثلثين ويبقى لمدعي الكل سهم بلا منازعة
لان مدعي النصف يدعي ربع ما في يده وذلك سهم ومدعي الثلثين
يدعي نصف ما في يده وذلك سهمان • فان اقاموا جميعا البينة او
نكلوا جميعا فعند ابي حنيفة لصاحب النصف الثمن ولصاحب
الثلثين الربع ولصاحب الجميع خمسة عشر من اربعة وعشرين
وعندهما يقسم على مائة وثمانين سهما لصاحب النصف ثمانية وعشرين
سبعة صح

ولصاحب الثلثين خمسين ولصاحب الجميع مايه وثلثه فالقسمه
على طريق المنازعه ان مدعي الثلثين يدعي نصف ما في يد مدعي
النصف ومدعي الكل يدعي جميع ما في يده فالنصف سلم لصاحب الكل
بلا منازعه والنصف الاخر استوت منازعتهما فيه فنصف
سهما لهذا الثلث على اربعه فصار كله اثني عشر لمدعي النصف
يدعي سهما ما في يد صاحب الثلثين وسهما في يد صاحب الكل
لتتم دعواه فقد سلم لمدعي الكل ثلثه اسهم بلا منازعه لقي سهم
استوت منازعتهما فيه فنصف سهما وقد انكسر بالنصف
فاضعف ليزول الكسر فصار جميع الدار على اربعه وعشرين
سهما في يد كل واحد منهم ثمانيه اسهم واذا صححنا المخرج ثم
استوقف الحساب اما ما في يد صاحب النصف فمدعي الثلثين
يدعي نصف ما في يد مدعي النصف وذلك اربعه بقيت اربعه
اخرى سلم لمدعي الجميع بلا منازعه واربعه استوت منازعتهما فيها
فنصف بينهما نصفان فيكون لمدعي الجميع سته ولمدعي الثلثين سهمان
واما ما في يد صاحب الثلثين فمدعي النصف يدعي ربع ما في
يده وذلك سهمان فسته اسهم سلم لمدعي الكل بلا منازعه بقي سهمان
استوت منازعتهما فيها فنصف بينهما فيكون لكل واحد سهم
فصار لمدعي الكل سبعه ولمدعي النصف سهم واما ما في
يد صاحب الجميع فصاحب النصف يدعي ربع ما في يده وذلك
سهمان ومدعي الثلثين يدعي نصف ما في يده وذلك اربعه

بقي سهمان سلم له بلا منازعه فحصل لمدعي الكل مما في يد مدعي النصف
سته ومما في يد مدعي الثلثين سبعه وبقي له مما في يده سهمان فجميع ذلك
خمسه عشر وحصل لمدعي النصف مما في يد مدعي الثلثين سهم ومما في
يد مدعي الكل سهمان وذلك ثلثه وحصل لمدعي الثلثين مما في يد مدعي
النصف سهمان ومما في يد مدعي الكل اربعه وذلك سته ٥
واما القسمه على طريق العول والمضاربه اما ما في يد مدعي النصف
فمدعي الثلثين يدعي نصف ما في يده فضرب فيه بسهم وضرب مدعي
الكل بسهمين وقد انكسر على ثلثه واما ما في يد مدعي الثلثين فمدعي
النصف يدعي ربع ما في يده فضرب هذا بسهم ومدعي الكل باربعه
فانكسر ما في يده على الخمس واما ما في يد مدعي الكل فمدعي النصف
يدعي ربع ما في يده ومدعي الثلثين يدعي نصف ما في يده فانكسر
الحساب على الثلث والربع والخمس فاضرب ثلثه في اربعه فيكون
اثني عشر ثم اضرب اثني عشر في خمسه فيصير ستين ثم يضرب
ستين في ثلثه لان الدار في ايديهم اثلاثا فيصير مايه وثمانين لكل
ثلث ستين فثلث ما في يد مدعي النصف لمدعي الثلثين وذلك عشرون
وثلثاه لمدعي الكل وذلك اربعون وخمس ما في يد مدعي الثلثين
لمدعي النصف وذلك اثني عشر واربعه اخماسه لمدعي الكل
وذلك ثمانيه واربعون ونصف ما في يد مدعي الكل لمدعي الثلثين
وذلك ثلثون وربعه لمدعي النصف وذلك خمسه عشر فحصل
لمدعي الجميع مره اربعون ومره ثمانيه واربعون وبقي في يده خمسه عشر

١٧

فجميع ذلك مايه وثلثه اسهم وحصل لمدعي الثلثين مره عشرون
ومره ثلثون وذلك خمسون وحصل لمدعي النصف مره اثنا عشر
ومره خمسه عشر وذلك سبعه وعشرون ○ دار في يد ثلثه
ادعي احدهم النصف والاخر الثلث والاخر السدس وتجاحدوا
فيما بينهم يترك لصاحب النصف والثلث ما في ايديهما ويترك
الثلث الذي في يد مدعي السدس نصفه له ونصفه موقوف لانه
اقر ان سدس الدار فضل له وانه في يده فصدق فيما ادعي واقر ان
السدس الاخر ليس له ولكن لم يقر به لصاحب النصف نصا ولا
ضروره لانه ليس من ضرورته ان لا يكون لمدعي النصف ان يكون لمدعي
النصف لجواز ان يكون لغيره فكان موقوفا في يده الى ان يقيم
صاحب النصف البينه عليه فكان بمنزله ثوب في يد انسان
ادعي رجل انه له وقال ذو اليد ليس لي ولا له لا يدفع الى المدعي
حتى يقيم البينه لان ذا اليد لم يقر له فكذا هذا فان قامت
البينه لصاحب النصف اخذ من يد كل واحد نصف سدس
حتى يتم له نصف الدار لانه ادعي نصف السدس مما في يد
كل واحد منهما لانه ادعي نصف الدار شايعا فيكون مدعيا سدسا
شايعا في جميع الدار وفي بعض التعاليق بان الاستحقاق يكون
في السدس الموقوف وبه قال بعض مشايخنا بنا على ما ذكره
في الزيادات باع نصف الدار واودع النصف الاخر
ثم استحق نصف الدار جعل من الوديعه فكذا هذا النصف

اقام رجل البينه على دار في يد رجل انه اشتري منه بثلثها
بمايه دينار واقام اخر البينه انه اشتري نصفها بالف درهم
فعند ابي حنيفة لصاحب الثلثين السدس خاصه والباقي بينهما
نصفان فيكون له ثلثه اسداس ونصف سبعه اثمان الثمن لانه
نقص من الثلثين الثمن وللاخر سدسان ونصف خمسه اسداس
الثمن لانه نقص من حقه سدس النصف وعندهما لصاحب الثلثين
اربعة اسباع الدار بستة اسباع الثمن لانه نقص من الثلثين سبع
فيحط من الثمن سبع وللاخر ثلثه اسباع الدار بستة اسباع الثمن
اذا رضي كل واحد منهما ان ياخذ ذلك ○ رجل اقام بينه على
دار في يد رجل انها له واقام اخر انها له ولصاحب اليد اشتريتها
من فلان وقبضتها منه وهو يملكها يكون ثلثاها للمدعي الجميع وثلثها
لمدعي النصف بلا خلاف ولو ادعي اجنبي انها كلها له وادعي اخوه
صاحب اليد انها بينه وبين صاحب اليد ميراثا لهما من ابيهما يقضي
للاجنبي بثلثه ارباعها وللاخ بربعها والفرق ان الوارث
ينتصب خصما عن جميع الورثه وعن الميت فيقضي له بحصته مما يستحقه
الميت بتلك الشهادة وهو النصف ولو لم يكن له في الميراث شريك
يقضي له بنصف الدار على ملك الميت فاذا اقر ان له شريكا
يقضي له بالربع فاما في الشرا فلا يكون احدهما خصما عن الاخر فيقبل
بينته على ما ادعاه لنفسه وهو ادعي النصف والاجنبي ادعي
الكل وتخريجه على نحو ما مر ○ ثلثه اخوه في ايديهم دار

فاقام احدهم البينه على ان هذه الدار اشتراها من فلان واقام الاخر
البينه انها كانت لابيهم وتركها ميراثا لهم وللرابع غايب
فانه يقضى بثلثها لمدعى الشرا مما في يد الاخرين ويقضى بنصف الثلث
الذى في يد مدعى الشرا للاثنين ويدفعه له ويتوقف ربع الغايب
ولو كان الرابع حاضرا واقام هولا الثلثه البينة ان الدار
بينهم وبين مدعى الدار ارباعا اشتروها من فلان ارباعا فانه لا
يقبل بينة مدعى الدار كلها لانه لما قامت عليه البينه انه اشتراها
مع اخوته الثلث ارباعا فقد اقر بذلك فصار كانه اقر ان الدار
بينهم ارباعا ٥ ثلثه نفر في ايديهم قلنسوه ادعى احدهم قطنها
وادعى الاخر بطانتها وادعى الاخر كلها واقام كل واحد البينه
على دعواه فالقلنسوة كلها لمدعى الكل ويضمن لمدعى البطانة
نصف قيمة البطانه ويضمن لمدعى القطن مثل نصف ما فيها من
القطن لان مدعى الكل استحق ظهارتها والقطن والبطانه تكون
في ايدى الثلث ومدعى كل واحد منهما اثنان فلا تقبل بينه كل واحد
منهما على الثلث الذى في يده ويقبل على ما في يدى صاحبه فصار
القطن بين مدعى القلنسوه ومدعى القطن نصفان وقد صار مستهلكا
في القلنسوة فضمن وكذلك البطانه صارت بين مدعى القلنسوة
ومدعى البطانه نصفان لانه لم يدع ظهارتها وقد صارت البطانة
مستهلكة في قلنسوته فضمن نصف قيمته ٥

دعوى النتاج وما هو في معناه المبسوط

فيه فصلان احدهما في معرفه النتاج والثاني

في اقامة البينه على النتاج وعلى سببه فصل النتاج عبارة
عن اوليه الملك لان الملك للنتاج يثبت اولا لا يسبقه احد
في الملك فكل سبب يتكرر باوليه الملك كان بمنزلة النتاج وما
لا فلا وكل ما لا يتكرر فيه سبب الملك ولا يصنع مرتين فهو كالنتاج
لانه لا يتصور الملك على ذي اليد بذلك السبب وكل ما يتكرر فيه
سبب الملك ويصنع مرتين لم يكن في معنى النتاج لانه يحتمل الملك على
ذي اليد بان يغصبه الخارج او يكسره او يفسده ثم يصنعه مره
اخرى فيصير متملكا عليه ملك الصنعة وان كان يشكل على اهل
الخبرة يتكرر او لا يتكرر ففيه روايتان في روايه ابي حفص انه الحقه بما
يتكرر لانه وقع الشك في ثبوت اوليه الملك فوقع الشك في معنى
النتاج فلم يلحق به وفي رواية ابي سليمان الحقه بما لا يتكرر لانه ان كان
مما يتكرر صار عليه نقض يده وان كان مما لا يتكرر لا يجب
نقض يده فلا ينقض يده بالشك ٥ والبنا وغرس الشجر والقطن
النابت وزرع الحنطه والحبوب يتكرر قالوا وتاويل هذا
ان زرع ذو اليد الحنطه في ارضه وصار حبا ثم غصب الخارج
ذلك الحب وزرعه في ارضه فخرج منه حنطه فكانت الزراعة
متكرره في اصل هذه الحنطه وهذه عين الحنطه الاولى حكما
لان سبب وجودها الحنطة الاولى ٥ وتشويه اللحم وكتابة
المصحف واختطاط الدار وضرب اللبن والخياطة والقطع والحشو
والصياغه يتكرر لان اللحم يشوى ولا يبالغ في النضج ثم يشوى

مرة اخرى وبالغ في النضج والمصحف واللوح يكتب عليه ثم يذهب
اثره ويندرس لمضي الازمنة فيكتب ثانيا والملك بسبب
الاختلاط مما يتكرر فان الغانمين اذا فتحوا البلدة وقسموها
فيما بينهم ثم ارتدوا واوغلبوا عليها اهل الحرب ثم فتح ثانيا
فانه يقسم ثانيا والملك الثابت للمسلم بالاستيلا اولية الملك وان
كان مملوكا للكافر من قبل لانه بالاختلاط زال سبب اولية الملك
للكافر لانه زالت يده عنه حقيقة وحكما بالاستيلا فكان
فكان الثابت للمسلم اولية الملك الا ترى ان النسج فيما يتكرر من
الغاصب سبب اولية الملك في المنسوج وان كان مملوكا لغيره
من قبل لان سبب اولية الملك للاول وهو النسج قد زال بالنقض
فثبت للثاني اولية الملك والخياطة بعد نقض الخياطة مرة اخرى
والقطع يتكرر في موضع اخر ان كان لا يتكرر في الموضع الاول
فان الواسع يضيق والضيق يوسع وذلك كما في الملك في الخياطة
واجنبها دا الخز والطحن والعصير وجز الصوف وغزل
القطن لا غير . يتكرر . والنسج في الثوب المتخذ من غزل
القطن والابريسم لا يتكرر وفي الثوب المنسوج من الصوف
والشعر يتكرر لانه ينقض فينسج مرة اخرى . صوف في يد رجل
فادعى خارجي انه صوفه جز في ملكه واقام ذو اليد كذلك قضي
لذي اليد لان الجز مما لا يتكرر فكان بمعنى النتاج ومتى استحق اصل
الولد قضي له بالاصل والولد جميعا ولم ينظر الى ادعا ذي اليد

نتاج الولد كذا انه لها نتاج ولد في يد رجل واقام الخارج البينه
انها دابته وولدها نتج في ملكه واقام ذو اليد كذلك قضي بها
وولدها للخارج وكذلك لو تعارضت البينتان في الشاة والصوف
المجزوز منها قضي بهما للخارج لان دعواهما في الاصل دعوى مطلق
الملك لانهما لم يذكرا للاصل نتاجا ولا شيا من اسباب الملك وفي مطلق
الملك الخارج اولى فاستحق الشاة ومعها الولد والصوف لانه
يظهر ان ولادة هذا الولد وجز هذا الصوف كان في ملكه لا في ملك
ذي اليد فصل رجل ادعى جوالقا في يد آخر انه ملكه نسج في ملكه
واقام البينه واقام ذو اليد البينه انه ملكه نسج في ملكه قضي لذي
اليد استحسانا لما روى جابر بن عبد الله ان رجلا ادعى ناقة
في يدي رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام الذي في يديه
البينه انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي
في يديه وهذا حديث مشهور رواه ثقات ما ساند متصله
فصارت مسئلة النتاج مخصوصة بهذا الحديث عن الحديث
المشهور وهو قوله عليه السلام البينه على المدعي واليمين على من انكر
والقياس الخفي يدل عليه وهو ان دعوى النتاج دعوى اولية الملك
واليد لا تدل على اولية الملك بل تدل على الملك المطلق فاستوت
البينتان في اثبات اولية الملك وترجحت بينة ذي اليد بزيادة
الصدق لان اليد تدل على صدق مقالة شهوده لانها دليل الملك
والبينه دليل الصدق فتاكد وترجح معنى الصدق في بينة ذي اليد

فصارت بينة ارجح وازيد صدقا باعتبار اليد في النتاج فكانت
اولى بالقبول ⦁ وسواء ارّخا او لم يورّخا او كان تاريخ الخارج
اسبق الا على تفصيل سنذكره لانه لا عبرة للتاريخ مع النتاج
لان النتاج يستوعب كل تاريخ لانه عبارة عن اولية الملك لا
يسبقه احد في الملك ⦁ وان ارّخا وقتين مختلفين ووافق سن
الدابة تاريخ الاول الخارج قضي للخارج لان الحال يشهد بصدق بينته
وبظهور كذب بينة الاخر ⦁ وان وافق تاريخ ذي اليد او كان مشكلا
او خالفهما قضي لذي اليد لانه لم يظهر كذب احدى البينتين بيقين ⦁
وكذلك الخارجان اقاما البينة على حمار في يد آخر على هذا الوجه
يقضى بينهما ارّخا او لم يورّخا الا اذا خالف السن تاريخ احدهما
فيقضى للاخر وان كان مشكلا او خالفهما قضي بينهما لانا لم
نتيقن بكذب احدى البينتين لجواز ان يكون سن الدابة موافقا
للوقتين وقد استويا في الدعوى والحجة فيقضى لهما وفي رواية ان
خالفهما لا يقضى لاحدهما لان القاضي تيقن بكذب البينتين جميعا
د عبد في يد رجل اقام ذو اليد البينة انه اشتراه من فلان وانه
ولد في ملك بايعه واقام الخارج البينة انه اشتراه من فلان آخر
وانه ولد في ملكه يقضى لذي اليد لانهما استويا في اثبات النتاج
لمملكه فكان المملكين حضرا واثبتا ذلك ولاحدهما يد يقضى له
اذ لا فرق بين ان يدعي اولية الملك لنفسه وبين ان يدعي لمملكه كما
في دعوى ملك مطلق ⦁ الخارج وذو اليد اذا اقاما البينة على

نتاج العبد والخارج يدعي الاعتاق ايضا فهو اولى وكذلك لو
ادعياه وهو في يد ثالث واحدهما يدعي الاعتاق ايضا لان
بينة النتاج مع العتق اكثر اثباتا لانها اثبت اولية الملك على
وجه لا يستحق عليه الملك اصلا وبينة ذي اليد اثبت اولية
الملك على وجه يتصور استحقاق ذلك عليه بخلاف ما لو ادعى
الخارج العتق مع مطلق الملك وذو اليد ادعى النتاج فبينة ذي
اليد اولى لانهما لم يستويا في اولية الملك لان الخارج ما اثبت اولية
الملك فلم يعتبر العتق للترجيح ⦁ وكذلك لو ادعى الخارج التدبير
والاستيلاد مع النتاج ايضا وذو اليد النتاج لا غير فاما
اذا ادعى الخارج التدبير والاستيلاد مع النتاج وذو اليد مع
النتاج عتقا باتا فهو اولى ⦁ ولو ادعى ذو اليد التدبير او الاستيلاد
مع النتاج والخارج ادعى عتقا باتا مع النتاج فالخارج اولى لان
بينة العتق اثبتت اولية الملك على وجه لا يتصور استحقاقه
عليه وبينة التدبير او الاستيلاد اثبت اولية الملك على
وجه يتصور استحقاقه رقبة ويدا بقضاء القاضي بالملك فيما
ويستحق عليه يدا بالاجارة او الاعارة والنكاح بلا قضاء حقا
فكانت بينة العتق اكثر اثباتا وازيد صدقا ⦁ ولو اقام كل واحد
البينة انه عبده كاتبه وهو في يد احدهما فهو مكاتب لهما يؤدي
الكتابة اليهما لانهما تصادقا وتوافقا على انه مكاتب تصادق
على انه ليس في يد احدهما فان المكاتب في يد نفسه فان المولى خلى

سبيله ولا يضمه الى نفسه بخلاف المعتق لان الحر قد ثبت عليه
الايدي فان المولى يضم المعتق الصغير او الكبير الى نفسه اذا خاف
عليه او فاته خدمته لتقوم خدمته فيجب اعتبار يد احدهما والتدبير
اولى من الكتابة حتى لو اقام احدهما البينة على الملك والتدبير
والاخر على الملك والكتابة فبينة التدبير اولى لان التدبير
بمعنى النتاج لانه لا يحتمل الفسخ والكتابة قابلة للفسخ وبينة مدعي
النتاج اولى ٭ ولو اختلف في الجارية فادعى كل واحد منهما
انها ولدت في ملكه من امته هذه قضي بها لذي اليد لان الولادة
لا تتكرر ولا تتثنى فقد اختلفا في اولية الملك فيقضى لصاحب
اليد ٭ عبد في يدي رجل اقام اخر البينة انه ولد في ملكه
واقام اخر انه عبده ولد في ملكه من امته هذه قضي بها للمضيف
الى امته لانهما خارجان ادعيا اولية الملك في الولد بالولادة
ولاحدهما يد على الام والولد يملك بملك الاصل لانه لابد من الولادة
من الام فترجح بينة ذي اليد على الام على بينة الاخر ٭ فان اقام
ذو اليد ايضا بينة على مثل ما اقام المضيف الى امته قضي به لذي اليد
لان له يدا على الام والولد جميعا ولا يد لاحد الخارجين على واحد
فترجح بينة ذي اليد ٭ ولو اقام الخارجان البينة انه عبده ولد
في ملكه من امته وعبده هذين قضي به بينهما وهو ابن العبدين
والامتين عند ابي حنيفة وعندهما يكون من العبدين دون
الامتين لان عند ابي حنيفة يثبت النسب من الكل وعند محمد

لا يثبت اكثر من ثلثه وعند ابي يوسف لا يثبت اكثر من اثنين وهي
تعرف في كتاب النسب ٭ في يد رجل شاة ٭ وفي يد اخر اخرى
اقام كل واحد منهما بينة ان الشاة التي في يد صاحبه شاته بعث من
شاته التي في يده قضي لكل واحد بشاة صاحبه وروي عن ابي يوسف
انها لا تقبل هذه البينة قيل هذا قول الكل لان احدى البينتين
كاذبة بيقين فيترك ما في يد كل واحد في يده وجه ظاهر
الرواية انه انما تقبل البينتان اذا كانت اسنان الشاة مشكلة
وسنهما مشتبه ويحتمل ان تكون واحدة منهما اما للاخرى لمرأى
العين اما اذا كانت احديهما لا تصلح اما للاخرى فلا تقبل هذه البينة
وولادة البنت للام انما تكون اذا كانت لا تتصور فاتباع الام ولدها
في الارضاع متصور بان كبرت البنت وولدت ونزل لها لبن
والام لم تترك عادتها في الارتضاع فارتضعت من لبن بنتها او عاين
احد الفريقين ارتضاع الام لبن بنتها وعاين الفريق الاخر حقيقة
ولادة البنت من الام فيجد القاضي محلا يطلق للشاهد اداء الشهادة
فوجب قبول البينتين كما لو شهد فريقان بنتاج دابة واحدة
من دابتين او من دابة واحدة مرارا تقبل الشهادة لان القاضي
وجد لذلك محلا مطلقا لاداء الشهادة فكذا هذا ٭ ولو اقام
بينة ان الشاة التي في يده شاته ولدت في ملكه وان شاة صاحبه
له ولدتها شاته عنده واقام اخر البينة على مثله قضي لكل واحد
بالشاة التي في يده لان كل واحد منهما ادعى الملك بالنتاج في التي

جميعا وبينة ذي اليد اولى في النتاج بخلاف المسألة الاولى لانه ادعى
كل واحد منهما ملكا مطلقا فيما في يده وملكا بالنتاج فيما في يد
صاحبه والنتاج اولى من العارف ه شاة في يد رجل اقام آخر
البينة انها شاته نتجت في ملكه فقضى له ثم اقام آخر البينة
على النتاج والملك يقضى للمدعي الا ان يعيد المدعى له البينة على
هذا المدعي ايضا فيكون هو اولى منه لان بينة الاول ليست قائمة
في الحال ولا على المدعي ولا تصير بينته مدفوعة ببينة الاول
فمتى اعاد بينته تكون بينته الآن بينة ذي اليد ومن الآخر
بينة الخارج فذو اليد اولى ه فان لم يعد البينة حتى قضى لهذا
المدعي ثم اعاد البينة نقض قضاه ورد عليه وكذلك لو استحقه
من يده خارج بالملك المرسل وقضى به ثم اقام ذو اليد البينة على
النتاج يقضى له وينقض القضا الاول لانه تبين ان القضا
الاول كان باطلا لان بينة ذي اليد اولى بالقضا بها من بينة
الخارج وبينة الخارج باطلة لمقابلة بينة ذي اليد ه امة في يد رجل
اقام آخر البينة ان قاضي كذا قضى له بها بالشهادة على هذا
واقام ذو اليد انها امته ولدت في ملكه يقضى للذي قضى له
عندهما وقال محمد لذي اليد ه ولو شهدوا ولم يفسروا ان القضا
كان بالشهادة او بسبب آخر فقول محمد مثل قولهما لمحمد
ان شهود المدعي شهدوا ان القضا كان بالملك المطلق وان
الشهادة قامت على الملك المطلق لانهم شهدوا انه انما قضى بالملك

بالملك له بشهادة الشهود انها له فصار كما اذا شهدوا ان القضا
كان بشهادة شهود شهدوا على الملك المطلق والنتاج اولى
من العارف بخلاف ما لو ابهموا القضا لانه يحتمل ان القضا كان
بالشرا او بالاقرار من جهة ذي اليد فلا يجوز نقض قضائه بذلك
الاعتبار فلا ينقض القضا الاول بالشك لهما ان القضا
الاول بالملك قد يكون بقيام البينة على الملك المطلق او النتاج فيجوز
نقض قضائه بهذا الاعتبار وقد يكون بالشرا او باقرار ذي اليد
فلا يجوز نقض قضائه بهذا الاعتبار فوقع الشك في جواز
نقضه فلا ينقض بالشك كما لو شهدوا بالقضا وابهموا ه

فصل قطن نابت في ارض فاقام ذو اليد البينة انها ارضه
وانه زرع هذا القطن فيها فاقام الخارج البينة انها ارضه وزرعه
يقضى للخارج لانه مما يتكرر ويثنى وكذلك اذا اختلفا في البنا فادعى
كل واحد انه بنى على ارضه ه ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع
حصد من ارض فلان المدعي لم يكن للمدعي اخذ الحنطة وفي رواية
ابي حفص يكون له لان الشهادة بالحصد من ارضه شهادة بالاخذ
من يده اقتضا لان الارض في يده فما فيها يكون في يده ايضا فيكون
الماخوذ في يده ومن غصب من انسان شيا يجب عليه رده وجه
ظاهر الرواية انه لم يثبت الاخذ من يده بهذه الشهادة لا نصا ولا
اقتضا لان كون الماخوذ في يد ذي اليد بحكم اليد على الارض لا يدل على
انه اخذه ضرورة جواز ان يكون الزرع في ارض انسان والملك لغيره

صاحب الارض بان زرعها بامره او بغير امره لان الانسان متى
غصب ارض غيره وزرعها بامره بذره يكون الخارج ملكا
للزارع فلم يشهدوا بملك الحنطة لصاحب الارض وعلى هذا اذا
شهدوا ان هذا الشيء اخذ من يد فلان ولم يعينوا الاخذ ففي رواية
ابي حفص له الاخذ وفي رواية ابي سليمن لا يكون للمدعي الاخذ وهو
الاصح لجواز ان الاخذ غيره وقد اودع عند ذي اليد ولم ينقله من
موضع الى موضع حتى يصير غاصبا فلم يتعين هو اخذا لا نصا
ولا اقتضا فلا يجب عليه رده ❁ ولو شهدوا انه اخذه من يده
يقضى له ولو شهدوا ان هذا التمر خرج من نخله وهو يملكه او هذا
التمر من نخله قضي له كما لو شهدوا ان هذا العبد ولدته امته
وهو يملكها لان الشهادة باخذ التمر من نخله شهادة بملك التمر
له اقتضا لان ملك النخل سبب لملك التمر لا محالة كملك الام سبب
لملك الولد فاما ملك الارض ليس بسبب لملك الزرع لان الحنطة
تبع البذر ومتولد منه دون الارض الا ترى ان الغاصب اذا
بذر الارض كان الخارج مثاله فلم يكن الاضافة الى الارض دليل
الاستحقاق ❁ ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان في ارضه لا
يقضى له لانه قد يكون في ارضه زرع غيره ونخل غيره
وكرم غيره بان غرسها الغاصب او زرعها فلم يشهدوا
بملك هذه الاشياء له وانما شهدوا بكونها

في يده والشهادة بكونها في يده من قبل باطلة فهذا اولى ❁ ولو شهدوا
انه غزل هذا من قطن فلان وهو يملكه ونسج فعلى الغاصب قطن مثله
والثوب للغاصب الا ان يقول المالك انما امرته بالغزل والنسج
فياخذ عينه لان ملك القطن ثبت للمدعي بهذه الشهادة وقد ثبت
غزل ذي اليد ونسجه بغير امره وهذا مما يقطع ملك المالك عن
القطن الا باذنه فيبقى عينه على ملكه ❁ ولو شهدوا ان هذه الحنطة
من زرع هذا وهذا الزبيب من كرم هذا يقضى للمدعي في قول عيسى وقال
لا يقضى كما لو اقام البينة على ان هذا التمر من كرم هذا كان في ارضه
او هذه الحنطة من زرع كان في ارضه لا يقضى له والصحيح قول
محمد ويفرق بين هذا وبين ما اذا شهدوا ان هذا جلد او لحم او صوف
شاته لا يقضى للمدعي ❁ والفرق ان الحنطة والتمر متولد متفرع
من الزرع والنخل فيكون تبعا للاصل فيملك بملك الاصل فيكون الشهادة
بملك الاصل شهادة بملك الفرع والتبع فاما الجلد واللحم واطراف
الدابة ليست بتبع لها بل خلقت مع الدابة بعضا من ابعاضها
ما دامت قايمة متصلة بها وبعد المزايلة والمباينة صارت اصلا
بنفسها لانها تقوم بنفسها ولا متولدة متفرعة عنها ولانه
يحتمل ان الشاة سلخت ثم بيع الجلد من انسان فيكون هذا جلد شاته
ولم يكن مملوكا له فلم يشهدوا بملك الجلد له وان اضافوه الى
شاته وهذا لان الاضافة للتعريف والتعريف لا يقتضي كون
الجلد ملكا لصاحب الشاة اذ التعريف يقع بشاة في ملكه

ونفع لشاة كانت ملكا له فعلى هذا اذا شهدوا ان هذا تمر نخله
لا يقضى بالتمر له كما في هذه المسألة بخلاف ما لو شهدوا ان هذا
التمر من نخله فانه يقضى له بالتمر لان كلمة من كلمة تبعيض وليست
بكلمة تعريف فقد شهدوا ان التمر بعض ملكه وبعض ملكه يكون ملكا
له خصوصا اذا كان نامًا له ● فان اقر ذو اليد انه من زرع في ارض
المدعي او من زرع في ارضه او كان في ارضه يقضى للمدعي لانه اقر انه
كان في يد المدعي لما اقر انه كان في ارضه ولو ثبت اقراره انه كان في
يد المدعي بالبينة العادلة يقضى له به فكذا اذا ثبت اقراره انه في يده
بالمعاينة اولى ● جلد في يده فاقام آخر البينة انه سلخه في ملكه
واقام ذو اليد البينة على مثله فهو لذي اليد لانه بمعنى النتاج لان السلخ
لا يتكرر ولا يثنى ● شاة مسلوخة في يد رجل وجلدها وسقطها
في يد آخر فاقام الذي الشاة في يده بينة ان الشاة والسقط والجلد
كله له واقام الذي في يده السقط البينة على مثله يقضى لكل واحد
بما في يد صاحبه لان كل واحد منهما يدعي الملك المطلق وكل
واحد خارج عما في يد صاحبه ذو اليد فيما في يده وبينة الخارج في
الملك المطلق اولى ● اقام البينة ان الشاة المسلوخة في يد فلان ملكه
ضحّى بها وسلخها واقام الذي في يده على مثله قضى للخارج لانهما ادعيا
الملك المطلق ● اقام البينة على دجاج في يد الغير انه له فرخ في
ملكه واقام ذو اليد البينة على ذلك ايضا فهو لذي اليد لانه
في معنى النتاج اذ لا فرق بين ولادة الدواب وبين ولادة الطيور

في اولية الملك وفي انها لا تتكرر ● دجاجة في يد رجل فاقام آخر
البينة ان البيضة التي خرجت منها هذه كانت لي يقضى له ببيضة مثلها
لا بالدجاجة لانهم لم يشهدوا بالملك في الدجاجة لا مقصودا ولا
ايضا لان كون البيضة ملكا لانسان لا يوجب ان يكون الفرخ ملكا
له لانه لو حضنها غيره بغير اذنه او باذنه لنفسه يكون الفرخ ملكا
للحاضن كحنطة غصبها فزرعها يكون الزرع للغاصب ويقضى له ببيضة
مثل بيضة لانه اثبت ملك البيضة ولم تصل اليه البيضة بل احتسبت
عند ذي اليد فيضمن مثلها بخلاف ما اذا اشهد وان هذا العبد ولدته
جاريته يقضى بالعبد له لما مرّ ● باضت الدجاجة المغصوبة بيضين
فحضنت الدجاجة احديهما وخرج فرخ وحضن الغاصب الاخرى
تحت دجاجة اخرى فخرج فرخ فالدجاجة المغصوبة وفرخها الذي حضنته
للمغصوب منه والفرخ الذي حضنه الغاصب له لان البيضة التي
حضنت الدجاجة بنفسها لا صنع لاحد فيه فيملك الفرخ صاحبها
كالزرع اذا هبت بحنطة انسان فالقتها في ارض انسان ونبت
الزرع يكون لمالك الحنطة فكذا هذا وما حضنه الغاصب فهو له
لانه حصل بصنعه ● المنتقى روى ابن سماعة عن محمد رجل في يده
ثوب اقام رجل البينة انه نسج نصفه واقام ذو اليد البينة انه
نسج نصفه ينظر ان عرف النصف فلكل واحد منهما نصفه
الذي نسجه وان لم يعرفا فكله للخارج قلت لم لا تجعل الثوب
كله للذي نسج النصف الاول لانه استحق السدى بالنسج فقال لانه

يحتمل ان يكون المنسوج للاول والسدا للاخر لا ان يكون السدا قليلا
مثل ما يترك للثوب ٥ رجل في يديه شاتان بيضا وسودا اقام
رجل البينة ان البيضا له ولدت السودا في ملكه واقام ذو
اليد البينة ان السودا ولدت البيضا في ملكه قال يقضى للمدعي
بالسودا وهي البنت ولا يقضى له بالاولى لانه ادعى نتاج البنت في
ملكه وذو اليد لم يدع النتاج فيهما بل ادعى فيهما ملكا مطلقا
فكانت بينة مدعي النتاج اولى وروي عن ابي يوسف انه يبطل
البينتان ويقضى بهما لذي اليد لما قلنا ٥ رجل في يديه لؤلؤة اقام
رجل البينة انه استخرجها من صدفة من البحر واقام ذو اليد البينة
على مثل ذلك فانها لذي اليد لان هذا بمنزلة النتاج لانها لا تخرج
من صدفة مرتين

باب دعوى البيع والشرا

المسفا مسايله على فصول احدها في دعوى البيع البات
والثاني في دعوى العقدين والثالث في دعوى البيع بشرط الخيار

فصل ادعى البايع الاكراه على البيع والمشتري ادعى الطواعية
والرضا واقاما البينة قال بعض المتاخرين بينة الطواعية اولى لانها
اكثر اثباتا لانها تثبت الرضا وبينة الاكراه نفيه لان الاكراه
عبارة عن عدم الرضا خلاف ما لو اقام احدهما البينة على ادخال
شرط فاسد في العقد والاخر على عدمه لان ادخال شرط فاسد
شي زايد وامر حادث فكانت بينته مثبتة سببا زايدا فكانت اولى
نظيرها منصوص عليه في المضاربة لو اقام رب المال البينة على انه

دفع اليه مضاربة بالنصف وان يكون له زيادة مائة درهم واقام الاخر
البينة انه شرط له النصف لا غير فالبينة القايمة على الزيادة وان
كانت مثبتة للفساد اولى ولو اقام احدهما البينة انه دفع اليه
بالنصف واقام اخر انه دفع اليه مضاربة ولم يشترط شيا فالبينة
المثبتة للشرط اولى لان فيها اثباتا وهو نقض الصحة وقال بعضهم
ان بينة الاكراه اولى وهو رواية عن ابي يوسف في المسفا وذكر
في المسفا مطلقا ان بينة الفساد اولى لانها مثبتة لزيادة امر حادث
وهو الاكراه وادخال المفسد فيه وان كان القول لمن يدعي الطواعية
كما في المزارعة القول قول من يدعي شرط نصف الخارج والبينة
من يدعي النصف وزيادة لانها مثبتة للزيادة ظاهرا وان كانت مثبتة
للفساد ٥ وكذا ان ادعى احدهما اقرارا بالدين طايعا والاخر
يدعي والاخر يدعي عن اكراه كان القول لمن يدعي الطوع والبينة لمن يدعي
الاكراه وان كانت بينة الطوع مثبتة للمال وبينة الكره تنفيه
ولكن الظاهر ما بينا وان كان سببا للفساد كما في المزارعة ٥ ولو
اختلف المتبايعان ادعى احدهما بيع الوفا والاخر بيع البات تقبل
بينة مدعي الوفا لانه خلاف الظاهر في البياعات فكان اكثر
اثباتا وذكر الفقيه ابو الليث في نوازله اشترى من اخر جارية
ثم ادعى انه باعها من بايعها باقل مما اشترى قبل نقد الثمن وادعى البايع
انهما تقايلا فالقول لمن ينكر الاقالة لان دعوى المشتري البيع الفاسد
لا تسمع ولا يثبته ولو كان دعوى الاقالة من المشتري بعد نقد الثمن والكل

واحد منهما اليمين على حاجه • ادعى دارا في يدي رجل انها له اشتراها
من فلان وقبضها ولم يسميا ثمنا فاني اسالهما قبضتها بامره اولغير
امره فان قالا لا نزيد على هذا لم اقبل شهادتهما وان ماتا ولم نسألهما
فهو على انه قبضها بامر البايع واقضي له بالدار لان هذا وان لم يسم الثمن
فهو بيع فاسد يملك بالقبض فان جا الغايب خاصم المستحق فيقضي له بها •
ذكر هشام في نوادره عن محمد رجل ادعا دارا في يدي رجل وجحد
وجحد المدعا عليه فباعها قبل اقامة البينه فبيعه جايز وان باعها
بعد اقامة البينه نظر ان قدر على المشتري ابطل البيع وان لم يقدر عليه
وعدلت البينه خير المدعي فان شا اخذ من البايع قيمتها وان شا وقف
حتى يقدم المشتري • قال ابو يوسف رجل ادعى دارا في يدي رجل
انها له اشتراها من فلان وفلان غايب او حاضر منكر للشرا تقبل
بينته وهذا بمنزلة من ادعى دارا في يدي رجل انها له اشتراها من فلان
وكان اشتراها من صاحب اليد قبلت بينته وان ادعى انها له اشتراها
له فلان المدعا عليه لم تقبل بينته وهو قول ابي حنيفه رحمهما الله
قال ابو يوسف لو صدقه صاحب اليد وقال كنت بعتها من وكيلك
او من بايعك فلان وهو غايب لكن اودعتها فلا خصومه بينهما
وكذلك لو جا رجل بصك باسم غيره على رجل فقال هذا المال الذي
عليك باسم هذا الرجل لي فاقر لي به فلان فان انكر المدعا عليه ذلك
فهو خصم تقبل بينة المدعي ويقضى له بالمال وان اقر بالمال للرجل الذي
الصك باسمه لا تقبل بينته وروي عن ابي حنيفه انه قال لا تقبل بينته في

المدعا عليه

فلان

الوجهين • وكذلك دار في يدي ورثته ادعى رجل شرا نصيب
احدهم وهو غايب فان اقر الحاضرون بنصيب الغايب
والحق فيها وانكروا شرا المدعي لا تقبل بينته وان انكروا الحق
للغايب قبلت بينة المدعي • رجل اقام بينه على اخر انه اشترى
منه نصف داره مشاعا بالف درهم واقام رب المال البينه انه باعه
نصفها معلوما بالفي درهم قال اجعل له النصف المعلوم بالفي درهم
ونصف النصف الباقي مشاعا بحسابه ولو اقام البايع البينه
انه باعه عشرها بالف درهم واقام المشتري البينه انه اشترى
نصفها مقسوما بمايه درهم فانه يقضى له بعشر النصف بحسابه
ويقضى له بتسعة اعشار النصف المقسوم بتسعين درهما والعشر
الباقي منه بحسابه لان البايع قد اقام البينه على فضل ثمن فكانت
اكثر اثباتا **فصل** قال محمد لو قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم
واستاجرتني عليه فصبغته لك بصبغك وقال الاخر الثوب ثوبي
لم اشتره منك ولم استاجرك فالثوب للمقر له مصبوغا وليس
لمدعي البيع شي الا ان يقيم البينه على الاستيجار فله الاجر لانه اقر
له بالملك بعوض والمقر له يصدقه في الملك فصح وتكذيبه في العوض
فلم يجب • رجل في يديه دقيق فقال لاخر بعتك كذي حنطه وامرتني
فطحنتها لك فخذ الدقيق وادفع الي الثمن وقال الاخر اعطيتك
حنطه كانت عندي ولم اشترها منك وامرتك فطحنتها فالقول
قوله مع يمينه على ما ادعى الاخر من الثمن والبينه بينة من هو في يده •

الدار

المقسوم

الدقيق لانه مدح للثمر كذلك كل شئ يتغير عن حاله الى حال غيره
واختلفا فيه فالقول فيه قول الخارج وان كان لم يتغير ولم يتحول
عن الحالة الاولى فالقول قول صاحب اليد كما اذا غسله او قتله
او صبغه اسود ثم قال بعته منك وامرتني ففعلت به هذا وقال
الخارج بل هو ثوبي دفعته اليك وامرتك بالذي فعلت فلصاحب
اليد ان يمسك وينقض البيع استحسانا وذلك لانه متى تغير عن حاله
باتصال الصبغ به او بالطحن ونحوه بامر الخارج فقد خرج من يد صاحب
اليد وصار الخارج قابضا له اما لاتصاله بملكه او بالبيع كما اذا
قال الزرع ارضي ببذرك او دفع الى الصايغ فضة وقال اجعلها خاتما
وزد من فضتك دانقا يصير قابضا للبذر ولزيادة الفضه
فكذا هذا او باستهلاكه بامره ● وان لم يتغير عن حاله فلم يتصل
بملكه شئ فلم يصر الخارج قابضا الا ترى لو باع جارية فلم يقبضها
المشتري حتى سقاها دواء او قطع منها عرقا او حجمها او كان
المبيع دابه فاخذ من حوافرها او بزغها او كان نعلا فحذاه
فقال الاخر قد امرتك بذلك ولم اشترها منك ولكن هي لي فالقول
لصاحب اليد حتى ان له ان يمسكها وينقض البيع وانما هذا على افعال
الناس فكذا هذا فصل هشام عن محمد عبد في يد رجل اقام رجلان
كل واحد منهما انه عبده باعه اياه على انه بالخيار فيه ثلثة ايام فان
امضيا البيع او احدهما ورضي به الاخر لزم المشتري لكل واحد منهما
الف درهم لان كل واحد منهما اثبت بالبينة السبب الموجب للثمن

البينة
امضي

كله له وهو المبيع الا انه لم يجب تسليم الثمن قبل سقوط الخيار لوجود
المانع وهو الخيار فاذا اسقط الخيار ارتفع المانع ووجب عليه لكل
واحد منهما الف درهم لان كل واحد ادعى الفا كاملة واثبتها بالبينة
ولا تضاد بين السببين بل الجمع بينهما ممكن بان باع منه احدهما ثم اشتراه
من المدعي الثاني بعدما تداولته الايدي وان امضى احدهما البيع
ونقض الاخر فللمجيز نصف الثمن وللناقض العبد كله لانه لم يبق
للمضي منازعة معه واما للمجيز نصف الثمن ذكره في العيون لان العبد
لو سلم للمشتري بان ساعد الاول في الامضا استحق على المشتري
الفا كاملة فاذا لم يسلم له وسلم للناقض لم يجب على المشتري ما استحق
عليه عند سلامة العبد ● وذكر في المنتقى لا شئ للمجيز من الثمن
لانه لما اجاز البيع صار بايعا للعبد وصار الاخر مستحقا له فصار
كما لو اشترى عبدا فاقام رجل البينة انه عبده فانه يقضى له ويبطل
الثمن عن المشتري ان كان لم يدفعه فكذا هذا ● وان لم يمضيا البيع
ومضت مدة الخيار اخذا العبد بينهما نصفين ولا شئ على المشتري
لان التنازع وقع في العين لا في الثمن وتساوى العين عن الحقين فيقضى
بينهما نصفين ● وان لم يقيما البينة وصدقهما ذو اليد ولا يعلم ايهما
اول ان امضيا البيع اخذ كل واحد منهما الف درهم وان لم يمضيا
البيع ومضت مدة الخيار اخذا العبد بينهما نصفين وغرم المشتري
لكل واحد منهما نصف قيمته وان امضى احدهما ولم يمضه الاخر
ياخذ المجيز الالف كلها وياخذ الابي العبد كله وان لم يجيزا

البيع ولم يقبضاه حتى قضى القاضي بينهما ثم اجاز احدهما البيع
فالمشتري بالخيار ان شاء رد على الثاني فصار نصف العبد وامسك
نصفه ودفع الى المجيز نصف الثمن وان شاء رد العبد اليهما ●
عبد في يدي رجل اقام رجلان كل واحد منهما بينة انه باعه من صاحب
اليد بيعا فاسدا والعبد لهما فان مات العبد في يدي المشتري فعليه
ثمنان وان كانت البينتان تشهدان على معاينة العقد والقبض والعقد
مسئلك اخذا قيمته واحده بينهما نصفين

باب الدعوى في الميراث والدين على الميت وللميت

هشام عن محمد في امراة مدركة زوجها ابوها فمات زوجها
فجاءت تدعي الميراث ينظر ان قالت كنت امرت ابي بالتزويج بعد
النكاح وورثت لان تزويج الاب سبب قد ظهر وانما يوجب
استحقاق الارث اذا اتصل به اذنها وقد ثبت اتصال الاذن
بالنكاح باعترافها فقد ادعت الارث بعد ان اعترفت ان
انكاح الاب سبب موجب للارث فاستحقت الارث فان
قالت ما امرته ولكن اجزت تزويجه لم يثبت ولا ميراث لها لانها
اعترفت ان السبب لم ينعقد موجبا للارث وادعت امرا عارضا
وهو الاجازة اللاحقة بالمناكحة السابقة فلم يظهر الاجازة
اللاحقة بالبينة العادلة لا يثبت استحقاق الارث ● رجل
ادعى انه تزوج هذه المراة فجحدت ذلك ثم مات الرجل فجاءت
تدعي ميراثه فلها الميراث وكذلك لو كانت المراة ادعت النكاح

وجحد الرجل ثم مات فطلب الرجل ميراثها وزعم انه كان تزوجها
فله الميراث لانه امكن التوفيق بينهما لجواز انه تزوجها بعد
جحودها ● ولو ادعت على زوجها انه طلقها ثلثا وانكره
الزوج ثم مات فطلبت ميراثها منه او كانت اكذبت نفسها
قبل موته وزعمت انه لم يطلقها فلا ميراث لها لانها اعترفت
بارتفاع سبب استحقاق الارث وهو الزوجية والرجوع عن
الاقرار لا يسمع في حق الغير ● امراة ادعت على زوجها بعد
وفاته الف درهم من مهرها وذلك مهر مثلها وقال الورثة
قد علمنا ان ابانا تزوجها ولا ندري ما مهرها وحلفوا عند
ابي يوسف ومحمد بالله ما نعلم ما مهرها فلها اقل الصداق عشرة
دراهم لان ذلك متيقن والزيادة مشكوك فيها ● ولو اشترى
رجل من رجل عبدا ثم مات المشتري والعبد جميعا وادعى البائع
الثمن على ورثته فقالت الورثة ما ندري ما ثمنه وحلفوا انهم
لا يعلمون ما ثمنه حبسهم القاضي حتى يقروا بشيء او يحول بينهم وبين
المال ويضعه على يدي عدل حتى يبينوا ما على ابيهم من الثمن ثم له
رجل اقر ان لرجل على ابيه دينا وقال لا اعلم ما هو فلا بد من ان يقر
بشيء والا حال القاضي بينه وبين تركة ابيه فكذا هذا ● رجل
ادعى قبل ميت الف درهم وضح وللميت ابنان فاقر احدهما انها وضح
واقر الاخر انها غلة قال محمد ياخذ الالف كلها من المقر بالوضح ويرجع
هو على اخيه بحصته درهم غلة ● رجل مات وترك عبدا الفا وابنا

فادعى رجل ان لتلك الالف له وديعة عند ابيه فصدقه الوارث
ودفعها اليه بغير قضا ثم اقام رجل البينه ان له على الميت
الف درهم دين وكذبهما في الوديعة فانهما ضمن لم يرجع على
صاحبه بشي فان ظهرت الوديعة بعد ذلك وقد ضمن الوارث
المال فلا سبيل له عليها لانه اقر انه وديعه لهذا الرجل فصار
المقر له بالوديعة احق بالمال من الوارث ● ولو ادعى الفا على
ابيه دينا فصدقه الوارث ودفع اليه الالف بغير قضا ثم
اقام الغريم البينه على المدين فله ان يضمن ايهما شا فان ضمن الوارث
رجع بما ضمنه على الاخر منه لانه لم يقر بان هذا المال بعينه له
بل اقر له بدين في ذمه الميت ولو كان الوارث دفع الالف اليه
بامر القاضي في الوديعة او الدين ثم اقام رجل البينه على الميت
بدين الف فلا ضمان له على الوارث وياخذ من القابض ما قبض
لان الوارث مجبر على الدفع فلم يصر مستهلكا بالدفع والله اعلم

القسم الرابع في الاستحقاق باليد

باب الرجلان يدعيان الشي باليد المتقادم

ذكر هشام عن ابي يوسف في رجلين على دابه
في سرج واحد فهي بينهما وان كان احدهما في السرج والاخر
رديفه فهي لصاحب السرج لان في الاول استويا في اليد والتصرف
والركوب ولبس احدهما بتابع للاخر من حيث الظاهر وفي الثاني
لم يستويا في اليد والتصرف لان المتصرف صاحب السرج

والرديف تابع له ● وان كان احدهما راكب والاخر اخذ باللجام
فالراكب اولى لانه هو المتصرف فيه ● ولو كان رجل جالس
على بساط والاخر متعلق به وهما يدعيانه فهو بينهما اي شرك في
ايديهما لاستوائهما في اليد ● واذا ادعى رجل السفينه وهو راكبها
والاخر ممسك بسكانها واخر يجذف فيها واخر يمدها فهي بينهم
الا من يمدها فلا شي له لانه لا يد له فيها ● سفينه فيها دقيق ورجلان
فيها فادعى كل واحد منهما السفينه وما فيها واحدهما معروف ببيع
الدقيق والاخر ملاح معروف فالدقيق لمن هو معروف ببيعه
والسفينه للملاح ● وروى عن ابي يوسف في رجل اصطاد طايرا
في دار رجل فان اتفقا على انه على اصل الاباحة فهو للصايد سوا
اصطاده على الهوا او على الشجر لان الصيد انما يملك بالاستيلا
والاحراز ولا يملك بحصوله وقعوده على حايط او شجر فيملك
بالاخذ وان اختلفا فقال رب الدار كنت اصطدته فملكته او
ورثته وانكر الصايد فان كان اخذه من الهوا فهو له لانه لا يد
لصاحب الدار على الهوا وكان القول قول صاحب اليد حقيقه
وان اخذه من داره او شجره فالقول قول صاحب الدار لان يده
ثابته على الشجر والحايط فاذا اخذ من محل في يده كان القول قول
صاحب اليد وان اختلفا في اخذه من الهوا او الجدار فالقول
قول صاحب الدار لان الظاهر ان ما في داره في يده فيترجح جانبه باعتبار

الطاهر • روى هشام عن محمد قال لو ان كناسا في منزل رجل وعلى
عنق الكناس قطيفه او نحوها فادعى كل واحد منهما فهي
لصاحب المنزل لان الظاهر يشهد له لان الظاهر انه لا يحمل القطيفه
الى داره والبد صوره وان كانت للكناس لكنها معنى وحكما
لصاحب المنزل • رجل دخل بيت رجل ومعه مال فقال رب الدار
هذا مالي اخذته من منزلي وخرج من داره وعلى عنقه متاع قال
ابو يوسف ان كان الرجل معروفا بصناعة شي من الاشيا كالحمال
لحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زيت او ممن يبيع ويطوف بالمتاع
في الاسقاط فالقول قوله لان الظاهر يشهد له وان كان لا يعرف
بصناعه فهو لصاحب البيت وقال ابو حنيفة القول قول رب الدار
ولا يصدق الداخل في شي مما خلا ثيابه التي عليه وهي مما يلبس •
خايط الخيط ثوبا في دار رجل فتنازعا في الثوب فالقول لصاحب
الدار لانه في يده والظاهر يشهد له لانه جرت العادة بخياطة
الثوب في دار غيره فكانت يد صاحب الدار اظهر بحكم شهادة
العاده وذكر محمد في الماذون الكبير لو اجر عبده من قصار
او حداد ونحوه فوجد المولى معه متاعا في طريق فاختلف فيه هو
والمستاجر قال ابو يوسف ان كان ذلك المتاع من صناعة المستاجر
فالقول له وان لم يكن من صناعته فالقول للمولى وان كان في منزل
المستاجر فالقول للمستاجر في الوجهين جميعا وكذلك الحر لو اجر

نفسه من رجل ثم اختلفا في متاع معه فهو على هذا التفصيل •
غلام رجل موسر على عنقه بدرة فيها عشرة الاف درهم وهو
في دار معسر لا شي له وهما يدعيان البدرة قال محمد البدرة لصاحب
اليسار لان الظاهر يشهد له والترجيح يقع باعتبار الظاهر • هشام
عن محمد في قطار ابل على البعير الاول رجل راكب وعلى وسطها
رجل وعلى اخرها رجل فادعى كل واحد القطار كله فلكل
واحد البعير الذي هو راكبه لانه في يده وتصرفه واليد المتصرفه
تدل على الملك وما بين البعير الاول والاوسط للاول لان الاول
قايد لما بينه وبين الاوسط والقيادة تصرف فكانت له يد
متصرفه على ذلك وليس للاوسط تصرف فيه فيكون للاول
وما بين الاوسط والاخر بين الاول والاوسط نصفان لان لهما فيه
تصرفا بالقود فاستويا فيه فاستويا في الاستحقاق بظاهر اليد
والتصرف وليس للاخر الا ما ركبه لانه ليس له يد وتصرف
الا فيما ركبه • فان قامت لهم بينه فما ركبه كل واحد منهم بين
الاخرين نصفان لانهما خارجان فيه وما بين الاول والاوسط
بين الاوسط والاخر نصفان وما بين الاوسط والاخر نصفه
للاخر ونصفه بين الاول والاوسط نصفان واصله ان بينة الخارج
اولى بالقبول من بينة ذي اليد فيستحق كل واحد منهم ما هو خارج
فيه ويستحق على كل واحد منهم ما هو في يده ثم الخارجان يستويان
في الاستحقاق لاستوايهما في اقامة البينه • رجل يقود القطار

من الابل ورجل راكب لبعير منها فادعى الراكب والقايد الابل كلها
فان كانت على الابل حمولة الراكب فالابل كلها له وانما القايد اجير
وان كانت الابل اعرا فللراكب البعير الذي هو عليه والباقي للقايد
ن وقال في رجل يقود نفرا او غنما او بطا ورجل يسوقها فادعى
السايق والقايد ذلك كله فالكل للسايق ولا شي منها للقايد الا ان
يقودها بشاه معه فيكون له الشاه وحدها باب

دعوى الحايط المبسوط

الايدي في الحايط على
ثلث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع
ومحاذاة بنا ولا علامة لليد في الحايط سوى هذا فاولاهم صاحب
التربيع فان لم يوجد فصاحب الجذوع فان لم يوجد فصاحب المحاذاه
اما القسم الاول حايط بين دارين يدعيه صاحباهما فان كان
متصلا ببنا احدهما اتصال تربيع او ملازقة وليس للاخر اتصال
فصاحب الاتصال اولى لانه في يده والظاهر ان ما في يد الانسان ملكه
وان كان متصلا ببنايهما اتصال تربيع او ملازقة فهو بينهما لاستوايهما
في اليد الثابتة على الحايط بحكم الاتصال بالارض والبنا ٭ وان كان
اتصال احدهما اتصال مربع واتصال الاخر اتصال ملازقة فصاحب
التربيع اولى لان له مع الاتصال نوع استعمال لان صاحب التربيع
مستعمل للحايط المتنازع فيه لان قوام حايطه بقدر التربيع
انما يكون بالحايط المتنازع فيه لما تبين صورة
اتصال التربيع فكان له نوع استعمال مع الاتصال وللاخر

مجرد اتصال من غير استعمال لان له مجاورة لا غير والاتصال مع
الاستعمال اولى كما اذا تنازع رجلان في دابه واحدهما راكب
عليها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان له مع الاتصال
استعمال فيكون في اخذ اليد عليها اقوى واحوى وكذا هذا د
وان كان لاحدهما اتصال تربيع وللاخر عليه جذوع فالحايط
لصاحب الاتصال ويكون لصاحب الجذوع موضع جذوعه لان
الاتصال دليل سبق اليد لان التربيع يكون حالة البنا والبنا يكون
سابقا على وضع الجذوع فيكون اسبق يدا في الحايط من صاحب
الجذوع فصار كرجلين ادعيا وارخا وتاريخ احدهما اسبق فالسابق
اولى فكذا هذا الا انه لا يرفع جذوع الاخر خلاف ما قالوا فاما البينه
ان الحايط له فانه يرفع جذوع الاخر لان البينه حجه متكاملة تصلح
حجه للاستحقاق على الغير كما يصلح حجه للدفع فاما الملك لصاحب
التربيع ثبت بنوع من الظاهر وهو سبق يده فكان بمنزله الملك
الثابت بظاهر اليد تصلح حجه للدفع ولا تصلح حجه للاستحقاق على
الغير لانها ليست بحجه على الغير وروى الطحاوي ان الكل لصاحب
الاتصال ٭ وان كان لاحدهما اتصال ملازقة وللاخر عليه جذوع
فصاحب الجذوع اولى لانهما استويا في الاتصال وترجح صاحب الجذوع
بالاستعمال لان وضع الجذوع استعمال للحايط ولا استعمال لصاحب الاتصال
بالملازقة انما له تعلق ومجاورة فيكون المستعمل اولى كما لو تنازعا في ثوب
واحدهما لابسه والاخر متعلق به وصورة اتصال التربيع مداخله

اللبن بعضه على بعض ان كان الحايط من مدر او آجر وهو ان يكون
انصاف لبن كل واحد من الحايطين متداخلا على الحايط الاخر
وان كان الحايط من خشب ان يكون راس ساجة احدهما مركبا
في ساجة الاخر واذا نقب الحايط وادخل لا يكون تربيعا وعن
ابي الحسن الكرخي اتصال التربيع ان يكون الحايط المتنازع فيه طرفاه
موصولا بالحايطين والحايطان موصولان بحايط الدار لانه اذا
كان كذلك يصير الجميع شيا واحدا فاذا حكم له بالبعض حكم له بالكل
۵ فاما اذا كان الاتصال من جانب واحد فقد قال ان صاحب الجذوع
اولى لان صاحب الجذوع مستعمل له فلا يسقط حكم استعماله الا
بوجود الاتصال على وجه يصير الجميع به شيا واحدا وذكر
الطحاوي اذا كان متصلا من جانب واحد يقع به الترجيح وهو الصحيح
فيكون هو اولى من صاحب الجذوع لان الاتصال وان كان من جانب واحد
يدل ذلك على سبق اليد وبسبق اليد يقع الترجيح وروي عن ابي يوسف
اذا اشترى دارا بحقوقها ثم اقيمت البينة باستحقاق الحايط ينظر ان كان
متصلا من احد الجانبين ببنا حايط المدعي لم يرجع على البايع بشي لانه اذا
كان متصلا ببنايه لم يدخل في البيع فلم يكن مبيعا وان لم يكن متصلا ببنا
المدعي وهو متصل ببنا الدار المبيعة فله ان يرجع على البايع بحصته من الثمن لانه قد دخل
في البيع فاذا استحق رجع بحصته وان كان متصلا ببنا الدار المبيعة من جانب واحد
ولجاره عليه جذوع لم يرجع عليه بشي فهذا التفريع يوافق رواية الكرخي ان الاتصال
من جانب واحد لا يقع به الترجيح واما القسم الثاني حايط بين
دارين يدعيه صاحباهما ولم يكن متصلا ببنا احدهما

فلا يخلو اما ان كان لاحدهما عليه جذوع او لهما فان كان لاحدهما
عليه جذوع وتسقيف فهو اولى به لان الحايط يبنى لوضع الجذوع
والتسقيف عليه فصاحب الجذوع والتسقيف مستعمل للحايط
والاخر ليس بمستعمل والاستعمال دليل على الملك وهو ادل على الملك
من اليد فكان القضا له اولى كما اذا تنازعا في ثوب واحدهما
لابسه والاخر متعلق به فانه يقضي للابس لان اللبس ادل على الملك
من التعلق به ۵ وان كان لاحدهما عليه جذع واحد ولا شي للاخر
اختلف المشايخ فيه قيل هو بينهما لان الحايط لا يبنى لوضع جذع
واحد للتسقيف فلا يقع به الترجيح وقيل لا بل يترجح به لان الحايط
قد يبنى لوضع جذع واحد وان كان غير غالب ۵ وان كان لهما عليه
جذوع ان كان لكل واحد منهما ثلثة فصاعدا فهو بينهما ولا عبرة
بكثرة الجذوع لاحدهما لان الحايط يبنى لهذا القدر من الجذوع
عادة فلا يعتبر كثرة الجذوع بعد ذلك لان زيادة الاستعمال
لا تثبت زيادة للاستحقاق ولانه زيادة الدليل لا رجحان الدليل وبابه
وزيادة الدليل لا يقع بها الترجيح كما اذا اقام احدهما شاهدين والاخر
اربعة وكما لو تنازعا في ثوب في ايديهما الا ان ما في يد احدهما اكثر
۵ وان كان لاحدهما ثلثة وللاخر جذعان ففيه روايتان في احديهما
يقضي به بينهما لانه يمكن السقف على الجذعين كما يمكن على الثلثة
وفي الرواية الاخرى صاحب الثلثة اولى واليه اشار محمد في الاصل

فانه قال استحسن في الجذع الواحد ولهو وهي الجذع الواحد
جذع اخر مثله لا مثله اجذاع لان الحايط يبني للتسقيف
والتسقيف عادة انما يكون بثلثة فاما التسقيف على جذعين
لا يكون الا نادرا ۝ وان كان لاحدهما عشر خشبات وللاخر
خشبة واحدة فلكل واحد ما تحت خشبته استحسانا والقياس ان
يكون بينهما وقال في كتاب الاقرار الحايط لصاحب العشرة الا موضع
الخشبة وهو الاصح وروى عن ابي يوسف انه قال يقضي بالحايط
بينهما على احد عشر بينهما لان هذا قضا بالظاهر وهذا مستعمل
جزا من احد عشر جزا من الحايط والاخر مستعمل عشرة اجزا
فيقضي على قدر استعمالهما وجه رواية الاقرار ان استعمال الحايط
يكون بوضع الجذوع عادة وبنا السقف على الجذوع ولا يستعمل
لوضع الجذوع عليه من غير التسقيف عليها ولا يمكن التسقيف
والبنا على خشبة واحدة عادة بل يكون على السدود والندرة
وامكن على خشبات فكان صاحب الخشبات مستعمل للحايط
وصاحب الخشبة الواحدة ليس بمستعمل بل هو متعلق به فكان
القضا به للمستعمل اولى الا انه لا تنزع الخشبة لانا حكمنا بالحايط
لصاحب الجذوع بالظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع ولا يصلح حجة
للابطال وكان الحايط لصاحب الجذوع وللاخر حق وضع الخشبة
فقط بخلاف ما اذا تنازعا في تعيين عليه حمل لاحدهما وللاخر
اداوة وقضي بالحمل لصاحب التعيين وجب نزع الاداوة وان

كان هذا الاستحقاق باليد والفرق ان وضع الاداوة لا يجوز
استحقاقه في ملك الغير ابدا مويدا وانما يجوز استحقاقه
من جهة المالك موقتا فاذا ظهر الاستحقاق امر بالازالة
فاما وضع الخشبة الواحدة يجوز استحقاقه على التابيد اذا
شرط ذلك في اصل القسمة وجه رواية الدعوى ان كل
واحد منهما يستعمل الحايط بخشبته لان حمل الخشبة على الحايط استعمال
للحايط من غير ان يبنى عليه الا ان استعمال احدهما اكثر فيجب القضا
بقدر الاستعمال واختلف المتاخرون على هذه الرواية ان ما بين
الجذوع لمن يكون قيل يكون بينهما نصفين وقيل يكون على احد
عشر جزا ۝ فاما اذا كان الحايط طويلا وكل واحد منهما منفرد
ببعض الحايط في الاتصال ووضع الجذوع قضي لكل واحد منهما
بما يوازي ساحته من الحايط لان تصرف كل واحد منهما متميز منفرد
مستقل متحد وبالتصرف يثبت اليد فيقضي لكل واحد بما في يده
ولا ينظر الى عدد الجذوع لانه لا حاجة الى اعتبار عدد الجذوع
هاهنا وما بينهما من القضا يقضي بينهما نصفين لانه لا يد لاحدهما
فيه فلا يكون احدهما اولى به من الاخر ۝ لاحدهما عليه هرادي
وهو القصب او بواري فهو بينهما لان وضع الهرادي ليس باستعمال
للحايط لان الحايط لا يبنى لوضع الهرادي لانه لا يمكن التسقيف
عليه وانما يوضع الهرادي للاستظلال ودفع حرارة الشمس والبرد
والحايط لا يبنى لهذا فكان بمنزلة ما لو كان لاحدهما على الحايط ثوب

ثوب مبسوط للاستعمال ولا شي للاخر يقضي بينهما فكذا هذا ●
وان كان لاحدهما عليه جذوع وللاخر هرادي يقضي به لصاحب
الجذوع لان صاحب الجذوع مستعمل للحايط وصاحب الهرادي متعلق به
ولكن لا يؤمر بنزع الهرادي لان هذا قضا بالظاهر والظاهر لا يصلح
حجة للابطال ● لاحدهما خشب عليه وللاخر عليه حايط سترة
فالحايط الاسفل لصاحب الخشب ولصاحب السترة سترته
وتفسير السترة هو ما يصنع للفصل بين الدارين فوق السطح لان وضع
الجذوع سبق نصب السترة لانه يوضع الجذوع على الحايط اولا ثم يبنى
عليه السترة فكانت يده اسبق فكان به احق وانما لا تنزع السترة
لان القضا للحايط بالظاهر حتى لو كان بالبينة ينزع ● ولو
تنازعا في الحايط والسترة جميعا فهما لصاحب الجذوع لان السترة
مبنية على الحايط ومن قضي له بشي بالظاهر انما قوته تكون له لانه
في يده كصاحب السفل مع صاحب العلو اذا تنازعا في السقف وما
عليه فهو لصاحب السفل ● خص بين اثنين والقمط الى احدهما
فهما عند ابي حنيفة وعندهما لصاحب القمط وعلى هذا الخلاف
اذا كان وجه البنا والطاقات المعمولة في الحايط الى احدهما لهما
ما روي ان رجلين تنازعا في خص فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم
حذيفة بن اليمان فقضى بالخص لمن اليه القمط وذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم
فرضيه ولان الظاهر ان الانسان اذا بنى الخص يجعل القمط ووجه
البنا والطاقات الى داره ولا يجعل الى دار جاره لانه وقت شد القمط

يقوم على سطحه لشد الخص لانه لا يمكن من ذلك بالقيام في دار غيره فيكون
القمط له باعتبار الظاهر ولهما ان هذا امر محتمل فان الانسان تارة
يجعل وجه البنا الى داره وتارة الى دار غيره والى الطريق ليتجمل بذلك
وليري غيره محاسن بنايه وتارة يجعل قمط الخص الى ملكه وتارة الى
ملك جاره ليكون مستويا من جانبه بطينه او بجصه وهذا معتاد
بين الناس والحديث محتمل لجواز انه كان قضى بالخص لصاحب القمط بالبينة
او بالاقرار لا بسبب القمط وانما ذكر صاحب القمط لتعريف احدهما من
الاخر لا لان القضا وقع لاجله واذا كان محتملا لهذا فلا يكون حجة مع
الاحتمال ● جذوع شاخصة الى دار رجل ليس له ان يجعل عليها شيا الا
برضا صاحب الدار لان الدار وهواها ملك لصاحب الدار وفي البنا
شغل هوا داره ابتدا امر جديد لم يدل على انه ولايه الشغل وليس
لصاحب الدار قطعها اذا امكنه البنا والتسقيف عليها لان الظاهر
انه استحق ذلك اذا كان قديما لانه متى امكنه البنا عليها جرى في ذلك
منازعة فالظاهر انه ما جعل الاخر بان شرط وقت القسمة ان يترك
الجذوع ليبني عليها صاحب الجذوع ولكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق
فلو ثبت له حق البنا ثبت له استحقاق شغل هوا دار غيره فلا يكون له
ذلك ويجوز ان يستحق التسقيف عليها يوما من الدهر فكان ابقاوها
مفيدا ● وان لم يمكن البنا عليها بان كانت جذوعا صغارا او جذعا
واحدا ينظر ان كان قطعها لا يضر بنفسه الجذوع ولا يضعفها لا يملك القطع
وان لم يضر له ان يطالبه بالقطع لان مثل هذا قد يستحق بغير حق لان الظاهر

ان ترك الجذوع للبناء عليها والانتفاع بها فاذا لم يمكن البناء عليها دل
ذلك على ان الترك بغير حق للقطع لانه قلما تقع المنازعة في مثل هذا
وفرق بين هذا وبين الشجرة اذا ادلت اغصانها في دار اخر يطالب بقطعها
مطلقا والفرق ان كون الاغصان في دار الغير لا يجوز ان يستحق باصل
القسمة ابدا لان قسمة الارض والدار بشرط ترك الاغصان في دار
آخر غير متعارف بل المتعارف بشرط القطع فلم يستحق بقية الاغصان
وشرط ترك الجذوع الى دار الاخر ليبنى عليها صاحب الجذوع وقت
القسمة معتاد متعارف فجاز ان يستحق ذلك باصل القسمة ٥ وليس
لصاحب الدار ان يعلو على اطراف هذه الجذوع شيئا لانها ملك
غيره فلا يجوز له ان ينتفع بها بغير اذنه النوادر اذا كان له خشب
على ... على حائط رجل فقال صاحب الحائط لصاحب الخشب
ارفع خشبك عن حائطي ينظر ان لم يتنازعا في الحائط ذكر
الخصاف في كتاب السجلات انه ليس لصاحب الحائط ان يزيل
خشبه عن حائطه وفي ظاهر الرواية له ان يزيله وجه ما ذكر
الخصاف ان الاقرار حجة ظاهرة قاصرة فيكون بمنزلة اليد والقضا
متى كان بظاهر اليد لا يؤمر برفع الخشبة فكذا هذا وفي ظاهر الرواية
له ان يزيله لان الاقرار على المقر حجة مطلقة كالبينة بل فوق البينة
لانه يثبت حكمه بنفسه من غير قضاء والبينة لا ولهذا اذا اجتمع
الشهادة والاقرار قضي بالاقرار ولو ثبت استحقاق الحائط بالبينة
امر صاحب الخشبة بالازالة فكذا اذا ثبت بالاقرار ٥ وان تنازعا

في الحائط قضي بالحائط لصاحب الدار في ظاهر الرواية وقيل ذكر
محمد في الدعوى ما يدل على ان الحائط لصاحب الساباط لانه متصرف
في الحائط وصاحب الدار لا فكان المتصرف اولى كدابة تنازع فيها
اثنان احدهما راكب والاخر متعلق بلجامها كان الراكب اولى وجه
ظاهر الرواية ان الحائط متصل بملكه وبالاتصال يثبت اليد فكان
الحائط في يده ولجواز ان يكون الحائط له وللاخر وضع الخشب في ابتدا
الملك بالقسمة فانه قد يقسم الدار بين شخصين ويبقى لاحدهما الجذوع
محمولة على الارض ويستحق ابقا ذلك على التابيد ٥ حائط لرجلين
ولاحدهما عليه عشر خشبات وللاخر عليه اربع خشبات فاراد
صاحب الاربع ان يلحقها تمام عشر خشبات مثل صاحبه فله ذلك
وان اراد ان يزيد على العشرة فليس له ذلك وكذلك اذا كان جذوع
احدهما مرتفعة وجذوع الاخر متسفلة فاراد ان يرفعها مثل جذوع
صاحبه فله ذلك لانهما اذا استويا في الحائط استويا في الانتفاع به ٥
وان كان لاحدهما عليه خشب ولا شي للاخر عليه فاراد ان يحمل
عليه مثل خشب شريكه اختلفوا فيه قيل له ذلك لان الحائط
ملكهما فكان لكل واحد منهما حق الانتفاع به وقيل ليس له ذلك
والفرق بين هذه وبين المسئلة المتقدمة انه يجوز ان يكون هذا مستحقا
لاحدهما من اصل الملك وذلك حالة القسمة بان يخرج الحائط في نصيب
احدهما فيكون اصله منكا له وللاخر حق الوضع للخشب عليه بخلاف
المسئلة المتقدمة لانه لما كان لكل واحد عليه خشبات دل ذلك
على ان اصله ملك لهما في الابتدا اذا كان جذوع احدهما مرتفعه

وجذوع الاخر بسفله ○ وان اراد ان يثقب الحائط ليترك فيه
الخشب هل له ذلك قيل ليس له ذلك لان فيه اخلالا بالحائط وقال
ابو عبد الله الجرجاني ينبغي ان له ذلك لان الخشب في الحائط يقويه ولا
يدخل فيه وهنا وقيل ينظر ان كان ذلك مما يوجب وهنا فيه لم يكن
له ذلك وان كان مما لا يدخل فيه وهنا فله ذلك ○ وان كان لاحدهما
سقف على اعلاه ولا شيء للاخر عليه فاراد صاحب السقف ان ينزل
عن ذلك ويضع الخشب دونه ينظر ان لم ينهدم الحائط ولم يبنياه فعلى
الاختلاف الذي ذكرنا وان انهدم ثم اعاداه او نقضاه ثم بنياه فله
ذلك لان حقه في الاعلى فاذا رضي بان يجعله اسفل فله ذلك لانه اقل ضررا
بالحائط ومن رضي فله ذلك الفتاوى حائط بين شريكين
وليس لاحدهما عليه سقف فاذن احدهما لصاحبه ان يسقف عليه
ثم بدا له فاراد ان ينقضه اختلف المتأخرون فيه قيل ليس له ذلك
لان الوضع على ملكه مشترك من حيث انه ملك شريكه كان
لشريكهما ان ينقضه ومن حيث انه ملكه فلا يكون له حق النقض بالشك
كما لو كانت الارض بين شريكين زرع احدهما بعضه باذن شريكه
ليس له ان يقلع وكما لو كان الدار بين شريكين سكنها احدهما باذن
شريكه وقيل له ذلك لان ملكه لا يزول بالاذن فلو نفى التسقيف
ادى الى ابطال ملكه معنى لخروجه من ان يكون منتفعا به اذ لا تجوز المهاياة
في تسقيف الحائط ولا يمكن قسمته بخلاف الارض لان حق الشريك الاخر
لا يبطل بل يحصل بالقسمة فان الزارع يقول تقاسم الارض فلعل تخرج

الزرع في نصيبي وفي الدار يتوصل الى حقه بالمهاياة باب
العلو والسفل المسوط فيه فصول فصل في تصرف
صاحب العلو والسفل فيهما وفصل في الانهدام والبناء والرجوع
بما انفق احدهما وفصل في المنازعة والمصالحة فيهما فصل
وليس لصاحب السفل هدم سفله لان في نقض السفل نقض العلو وليس له
نقض العلو وليس له ان يفتح فيه كوة ولا يدخل فيه جذعا لم يكن قبل ذلك
الا برضا صاحب العلو وكذلك ليس لصاحب العلو ان يحدث على علوه
بناء او يضع جذعا او يشرع كنيفا لم يكن عند ابي حنيفة وعندهما له
ذلك اذا لم يضر بالاخر لانه تصرف في خالص ملكه وحق الاخر متعلق
به وكل تصرف لا يضر بصاحبه لا يمنع عنه لو تعدى في خالص ملكه
والملك مطلق له وكل تصرف يضر به يمنع عنه لانه محجور عن الاضرار
بالغير وله ان حق صاحب العلو متعلق بالسفل باعتبار قرار العلو
بالسفل وحق صاحب السفل متعلق بالعلو باعتبار كونه متعلقا له
دافعا للمطر وحر الشمس عن السفل فكان حق كل واحد منهما
متعلقا بالاخر حقا لازما فكان بمنزلة المشترك فيه فتصرفه
لاقى عينا فيها حق غيره فلا يكون له الا باذن صاحب الحق كالراهن اذا
اراد ان يتصرف في المرهون ○ وكذلك حائط مشترك ليس عليه
جذوع فانهدم فبناه ليس لاحدهما ان يضع عليه خشبه او يبني عليه
سترة او يفتح فيه كوة لانه تصرف في الملك المشترك فلا يملك الا
باذن شريكه فعلى هذا لو اراد صاحب الدار ان يبني فيها تنورا للخبز
الدائم كما يكون في الدكاكين او رحا للطحن او مدقة للقصارين

له ذلك في القياس لانه تصرف في ملكه وفي الاستحسان اختلف المشايخ فيه
فافتى اكثرهم انه ليس له ذلك ويمنع منه اذا كان هذا اضر بالبنا
لان ذلك تصرف يضر بجاره ضررا فاحشا لا يمكن التحرز عنه فان تنور
الخبازين يأتي منه الدخان الكثير الشديد ورحا الطحن ودق القصارين
يوجب ضعف البنا ووهايه وان اراد ان يعمل في داره حماما فله ذلك
لان ذلك لا يضر الا بالنداوة والنداوة يمكن التحرز عنها بان يبني بين داره
وحايط بنوره **فصل** انهدم السفل والعلو لا يجبر صاحب السفل
على البنا لان الانسان لا يجبر على عمارة ملكه لاجل نفسه ولا يجوز ان يجبر رعاية
لحق صاحب العلو لان حقه لم يتلف بتعدي صاحب السفل حتى يضمنه
ولصاحب العلو بنا السفل لانه اذا لم يمكنه الانتفاع بملكه الا ببنا
السفل صار مأذونا بالبنا شرعا ليصل الى حقه اذ فيه تطرقه وليس
فيه ضرر لصاحب السفل ويقوم اذن الشرع مقام اذن صاحب السفل
ويمنع صاحبه من السكنى حتى يعطيه قيمته لانه كان مضطرا في البنا
لاجل حقه ولم يكن متبرعا فيه فكان له ان يمنع صاحبه من الانتفاع
بملكه فاذا ادى اليه قيمة البنا يملك البنا عليه لانه لا سبيل
الى نقض البنا لان الباني غير متعد في البنا بغير هذا اما ان يملك
صاحب البنا الارض او صاحب الارض البنا وتملك البنا اهون لانه
تبع للارض فيملكه بالقيمة وعن الطحاوي حتى يعطيه ما انفق في السفل
لانه انفق باذن الشرع فانه يقوم مقام اذنه فصار كما لو انفق باذن
صاحب السفل ه ~~وان كان صاحب السفل هو الذي هدمه~~ واستحسن
بعض المتأخرين فقال ان بنى بامر القاضي رجع بما انفق وان بنى بغير

١

امره رجع بقيمة البنا وعليه الفتوى لما نبين في كتاب النفقات
ه فان كان صاحب السفل هو الذي هدمه كلف اعادته لانه اتلف
محلا تعلق به حق الغير فيضمن ذلك الحق وضمانه بنا السفل فان ذلك
الحق انما يعود ببنا السفل هذا كالراهن اذا اتلف المرهون يضمن
قيمته فكذا هذا بخلاف ما اذا هدم اجنبي السفل لا يجبر على البنا بل
يضمن قيمته لان الاصل في الضمان هو ايجاب المثل والبنا لا يماثل البنا
فضمنا قيمته لانها مثله معنى وكذلك الراهن لا يجبر على رهن عبد اخر
لانه لا يماثل الاول فيضمن القيمة اما هنا لا يمكن تضمين القيمة لانه لا يماثل
حقه لان حقه هو القدرة على بنا العلو وذلك لا يثبت بضمان
القيمة ه واذا بنى صاحب السفل يعود مثل حقه وهو القدرة
على بنا العلو فاجبرناه على البنا وليس فيه ضرر على صاحب السفل وايجاب
ضمان زايد مما اتلف لان السفل له على انه صفة بناه ه عقار او
حمام مشترك انهدم وصار ساحة او حايط انهدم ليس لاحدهما
عليه جذوع فبنى احدهما لم يرجع على شريكه بشي لانه غير مضطر في البنا
فانه يمكنه ان يرفع الامر الى القاضي حتى يقسم الساحة والاس بينهما فيبني
في نصيبه فيمكنه التوصل الى حقه بدون الجبر على البنا ولما لم يكن مضطرا
في البنا لا يصير مأذونا شرعا بالبنا ه وان كان على الحايط لهما
جذوع لا يكون متطوعا في البنا ويرجع بنصف قيمته لان لكل واحد
من الشريكين حقا في نصيب صاحبه وهو الحمل عليه فلو جازت القسمة
لسقط حق الاخر لان بالقسمة والبنا في نصيبه لا يتوصل الى هذا الحق
لان له وضع الجذوع على النصيبين جميعا لان الاس بعد القسمة يصير

ذا بنى فيه حائطا فلما يحمل الجذوع فكان مضطرا في البنا على نصيب
صاحبه ليتوصل الى حقه في وضع الجذوع في نصيب صاحبه كصاحب
العلو في بنا السفل وقيل ان كان موضع الحائط عريضا يكون متطوعا
ولا يرجع لانه يحمل القسمه وامكنه البنا في نصيبه وان كان دقيقا
لا يحمل القسمه والبنا في نصيبه لا يكون متطوعا ويرجع وفي الكتاب
لا فصل بينهما وهو الصحيح لما قلنا ولو قال شريكه انا اضع الحموله عليه
ذكر في الفتاوى انه يرجع عليه وان كان للباني عليه جذوع دون
الاخر لم يذكره محمد في الكتاب وذكر الخصاف في كتاب النفقات
انه لا يكون متطوعا ويرجع كما اذا كان لهما عليه جذوع

فصل

الجذوع والهرادي والبواري والطين والاجر لصاحب السفل ولصاحب
العلو الوطي والقرار على ذلك لان ذلك محمول على ملك صاحب السفل
فكان صاحب المحمل احق به كما لو تنازعا في متاع محمول على بعير احدهما
ولان يد صاحب السفل اسبق والظاهر يشهد له ۞ فان تنازعا في السقف
وفي الحائط الذي فوق السقف اختلف المشايخ فيه قيل يكون لصاحب
السفل لان ذلك محمول على الجذوع الموضوعه على سقفه فيكون له
كما لو اختلفا في الجذوع وقيل لا يكون له وعليه الفتوى لان الاستحقاق انما
يثبت بالحمل على ملكه بغير والجذوع محموله موضوعة على ملكه بغير
لان السفل ملكه بغير فيستحق الجذوع باعتبار الظاهر والجذوع التي عليها
السقف والحائط مملوكة له من حيث الظاهر لا بغير فلا يستحق بها الحائط
الاعلا المحمول عليها لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ۞ ولو كان
في السفل روشن ولصاحب العلو على الروشن طريق فاختصما في الروشن

كان لصاحب السفل ولصاحب العلو عليه طريق وممر لان الروشن
محمول على ملك صاحب السفل فكان له ولكن لا يمنع صاحب العلو من
المرور لان الظاهر ان له حق المرور ويجوز ان يكون حق المرور ثابتا في اصل
القسمة ۞ ثلثه نفر لاحدهم سفل وللثاني علو وللثالث على العلو علو
فانهدمت الابنية فقال كل واحد منهم لصاحبه لك السفل ولي العلو
حلف كل واحد منهم لصاحبه بالله ان هذه الارض ليست ملكا له
ولا يجب عليه بناوه لانه ادعاه معنى لو اقر به لزمه فاذا احلفوا يقال
لكل واحد منهم ان شئت تلك ان تبني السفل وتبني عليه ما ادعيت من
العلو وتمنع صاحبه من الانتفاع به الى ان يدفع اليك ما انفقت وان
شئت فدع

باب دعوى الطريق والمسيل والمسنوط

فيه فصول فصل في الطريق وفصل في الميزاب والمسيل والساقيه
وفصل في اقرار بعض الورثه بحق الطريق والمسيل وفصل في تغيير
المسيل وسد بابه

فصل

باب رجل في دار آخر او كان له باب مفتوح
في حائطه على زقاق فادعى حق الطريق والمرور فيه فلصاحب الدار
واهل الزقاق ان يمنعه من المرور فيه حتى يقيم البينه لانه يدعي حقا فيما في
يد الغير فلا يثبت الا ببينه وفتح الباب لا يدل على حق المرور لان
لكل احد تمكنه فتح الباب في ملكه لانه تصرف في ملكه فلا يصير
سببا لاستحقاق الطريق على الغير فان شهد الشهود انه كان يمر فيه
لا تقبل لان هذه شهادة بيد ماضيه والشهادة بيد ماضيه باطلة ۞

وان يشهدوا ان له طريقا فيها ولم يبينوا عرضه ولا طوله تقبل قبل هذا
اذا شهدوا على اقرار المدعا عليه لان الاقرار بالمجهول جائز فاما
الشهاده ابتدا على المجهول باطلة والصحيح انها تقبل لان الشهادة
مرتفعة ضمنا واقتضا لان موضع بين الناس مقدر بقدر عرض الباب
وارتفاعه الى السما مقدار طول الباب فيقضي القاضي بذلك القدر وصار
معلوما شرعا وعرفا وان كان مجهولا بيانا كما لو اختلف الشركا
في الطريق **فصل** ميزاب مصوب الى دار رجل فاختلفا في حق
اجرا الما واسالته فان كان في حال عدم جريان الما لا يستحق اجرا الما
واسالته الا ببينه كما في الطريق وحكى الفقيه ابو الليث في نوازله
عن اصحابنا المتاخرين انهم استحسنوا انه ان كان الميزاب قديما وكان
تصويب السطح الى داره وعلم ان التصويب كان قديما فله حق المسيل
لان هذه دلالة واقامة البينه على ذلك متعذره وان اختلفا في حال
جريان الما قيل القول لصاحب الميزاب ويستحق اجرا الما لانه متصرف
اذ التصرف في الميزاب انما يكون بمنزلة التصرف في الساقية وقيل
لا يستحق وفرقوا بينه وبين الساقيه والفرق ان المطر الذي يجري في الميزاب
ليس بملك له فلم يترجح به وفي الساقيه ملكه الا يرى انه يحصل بفعله
فجاز ان يترجح به • اشترى دارا وتحت هذه الدار سرداب او بير بالوعه
من دار اخرى بجنبها فان كان للبايع يكون بمنزلة برقعة وان كان للاجنبي
فان استحقها ببينه اقامها على ان ذلك حق واجب له كان هذا قديما
في الدار المشتراه فللمشتري ان يردها على البايع لانه باع ارض هذه

الدار بسفلها وفوقها الى السما وان لم يستحق بالبينه لكن يعرف ان بناه
قديم ولا يعرف اتصاله بملك مدعيه اختلفوا فيه قيل لا يستحق
وقيل يستحق على حسب الاختلاف في الميزاب والدولاب ه
فان اقام البينه ان له حق المسيل وبينوا انه لما المطر من هذا الميزاب
فهو لما المطر وليس له ان يسيل ما الاغتسال والوضو فيه وان لم
يبينوا انه لما الاغتسال والوضو فهو لذلك وليس له ان يسيل ما
المطر فيه لانهما مختلفان متفاوتان في القدر والكثره والمده فان
ما الاغتسال والوضو يكون طول السنه في كل زمان ولكن لا يكون في
الكثره مثل ما المطر وما المطر يكون في اوقات مخصوصة من السنه
لكن يكون اكثر من ما الاغتسال والوضو فلا يستحق الا قدر ما شهدوا
به د وان قالوا ان له فيها حق مسيل ما ولم يبينوا انه ما المطر او غيره صح
والقول لرب الدار مع يمينه انه لما المطر او لما الوضو والغسالة
لان بالشهادة ثبت له حق اصل المسيل ولم يثبت وصفه وكيفيته
فيرجع في البيان الى رب الدار كما لو قامت البينه على غصب الثوب
قلت ويرجع في طوله وعرضه وقيمته الى قول الغاصب مع يمينه
لان هذا امر يجري فيه البدل والاقرار فيجري فيه اليمين عند الانكار
وقال بعض مشايخنا لا تقبل هذه الشهاده في المسيل وتقبل في الطريق
لان الطريق معلوم شرعا وعرفا لما بينا والمسيل ليس بمعلوم لان
تسيل الما نوعان وهما جنسان مختلفان لعظم التفاوت بينهما وتفاحشه
فتعذر القول بالعموم وتعذر القضا باحدهما لانه مجهول فكانت

الشهادة قامت على امر مجهول فلا تقبل فتكون المسئلة محمولة على ما اذا
شهدوا على اقرار المدعا عليه بدلالة قوله انه يرجع في البيان اليه
وانما يرجع في البيان الى المشهود عليه اذا كان المشهود به اقرارا بشي
مجهول لانه هو المجهل فاما اذا كان المشهود به ثابتا بالبينة لا باقراره
لا يرجع في البيان اليه ● واذا ادعى النهر في ارض رجل او وضع الخشبة
على حايطه لا يصح ما لم يبين موضع النهر من هذه الارض ويبين حق وضع
خشبة او خشبتين وغلظهما لتفاوتهما في الثقل والخفة والكثرة في
المضرة والقلة ● ادعى احدهما ان له حق اجرا الما في هذه الساقية من
دولابه في ملك الغير الى قراحه فان اختلفا حال عدم جريان الما لا
يستحق الا ببينة فان اختلفا حال جريان الما فالقول قوله كخلاف
الميزاب وقد بينا الفرق بينهما وان شهدوا انه كان امس الما
جاريا في هذه الساقية الى ارضه لا تقبل الا في رواية عن ابي يوسف
على اذا الشهادة بيد كانت لا تقبل حلا فالة السقا
وكذلك لو شهدوا ان هذه الناوقة كانت امس موضوعة على
نهر هذا ويوم الخصومة لم تكن موضوعة ● وان شهدوا انه كان
لهذا المدعي امس الما جاريا من هذا النهر الى ارضه فقطعه صاحب
هذا النهر او شهدوا ان الما كان يجري في ملك الناوقة الى ارضه فجات
الريح واسقطت الناوقة او جا السيل فاحتمل الناوقة فذهب بها والمدعي
يدعي ذلك فانه يقضى للمدعي ان يعيد الناوقة بالاجماع فصل
دار بين ورثة اقر بعضهم ان لفلان فيها طريقا او مسيلا ما لم يكن له ان
يمر او يسيل حتى يقتسموا لانه لا يمكنه الانتفاع

بالطريق والمسيل في نصيب المقر لان الدار مشتركة بين جميع الورثة وليس
له حق الانتفاع بنصيب شايع بين الورثة لان اقرار البعض لا يصح على البعض
ولكن تقسم الدار فان وقع الطريق والمسيل في نصيب المقر فللمقر له الا سالة
والاستطراق فان وقع في نصيب الساكت يضرب المقر له بقيمة الطريق
والمسيل في حصة المقر والمقر بحصته سوى قيمة الطريق والمسيل فيكون
بينهما على ذلك لانه اقر له بحق المرور وتسييل الما لا برقبة الطريق حتى
لو اقر برقبة الطريق فحينئذ يضرب المقر له بقدر ذرعان الطريق والمقر
بقدر ذرعان نصيبه سوى ذرعان الطريق ويجب ان يكون هذا على قولهما
فاما على قول محمد يجب ان يضرب المقر له بنصف قيمة الطريق والمسيل
والمقر بقيمة جميع نصيبه الا قدر قيمة نصف الطريق بناء على مسئلة
الاقرار ● دار بين رجلين فيها عشر بيوت اقر احدهما ببيت بعينه
لرجل لا يصح وتقسم الدار وعندهما يضرب المقر له بجميع ذرعان البيت
في نصيب المقر والمقر بنصف ذرعان الدار الا قدر ذرعان البيت
وعند محمد يضرب المقر له بنصف ذرعان البيت على ما عرف في كتاب
الاقرار فصل قناة لرجل في دار اخر اراد ان يجعلها ميزابا ليس له
ذلك الا برضا صاحب الدار وكذلك لو اراد ان يجعل الميزاب قناة
الا اذا لم يكن عليه ضرر بين لان القناة تكون تحت الارض وصورته
ان يكون ما سطحه ينزل من سطحه في حايطه ويدخل تحت ارض صاحب
الدار في قناة ثم يخرج منها الى سكة والما يجري تحت الارض في قناة والميزاب
يكون على وجه الارض فمتى اراد ان يجعل القناة ميزابا فقد اراد انتفاعه

بوجه الارض وذلك ضرر لصاحب الدار لا محالة ومتى اراد ان يجعل
الميزاب قناة فقد اراد هدم حافتي النهر وفي ذلك ضرر حتى لو لم يكن
فيه ضرر بان كان لا يحتاج الى هدم حافتي النهر بان كان واسعا كان
له ذلك قيل هذا اذا كان له حق المسيل لا ملك الرقبة فان كان له
رقبة المسيل بان كان في داره ذرعان معلومة مملوكة له فله ان
يتصرف فيه كيف شاء وليس له ان ينقل الميزاب عن موضعه او
يرفعه او يضعه ولا ان يجعله ميزابا اطول او اعرض ولا ان يسيل فيه
ماء سطح آخر اما النقل فلانه لا يجوز ان يستعمل مكانا ليس له حق الشغل
واما الرفع فلانه استحق حمل الميزاب على بعض الحايط فلا يجوز ان يستحق
الحمل على جميعه ولان صب الماء من الاعلى اضر من صبه من الاسفل واما
السفل فلانه لا يمكنه ذلك الا بعد هدم بعض الحايط المشترك واما
الاطالة فلانه ياخذ زيادة الهوا والهوا ملك الغير ولانه ينصب الماء
في مكان آخر ليس له حق الصب في ذلك المكان واما الاقصار فلانه اذا
كان طويلا لا ينتشر منه على الحايط فاذا كان قصيرا ينتشر منه الماء
على جوانبه فيؤدي الى الضرر وليس لاهل الدار ان يبنوا بناء يسد مسيله
لانهم ارادوا ابطال حقه في المسيل وان ارادوا ان يبنوا بناء يسيل ماؤه
على ظهره فلهم ذلك لانه لا ضرر لصاحب المسيل لانه لا فرق بين ان
يسيل الماء على ظهر داره وبين ان يسيل في صحن داره فكذلك في الطريق
لو اراد صاحب الدار ان يبني في ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس له ذلك
ولو اراد ان يبني ما يصعد على البناء ويمشي ليس له ذلك لان فيه تكليف مشقة

الصعود والطلوع فان ترك له مقدار عرض باب الدار وبنى ما سوى ذلك
فله ذلك لان حقه في قدر عرض باب الدار وما سوى ذلك لا حق له فيه فلا يمنع
من التصرف في حقه • وعمارة السطح الذي يسيل عليه الماء على صاحب الميزاب لان
ذلك حصل بسبب تسييله الماء **المسالة** رجل له قناة عليها اشجار لقوم فاراد صاحب
القناة ان يصرف قناته عن هذا النهر ويحفر له موضعا آخر قال اذا كان
الشجر عليها قديما لا يدرى من غرس فليس لصاحب القناة ان يصرف الماء عن
هذا النهر لان للاشجار التي على حافتيه حق الشرب من هذا الماء وان باع
صاحب القناة القناة كان صاحب الشجر شفيع جوار لان له موضع اصول
الشجرة • قال محمد رحمه الله قناة جارية ومحتفرها وبعض انهارها في ساحة
دار رجل او محتفرها في ارض رجل وعلى الارض حايط محيط فادعى صاحب
القناة ظهر آثاره وادعى صاحب الارض او الدار ذلك فما كان في الدار
فهو لصاحب الدار لان منزله على ظهرها فيكون في يده وما كان في الارض
فهو لصاحب القناة اذا لم يعلم في يد من هو الا اذا كان صاحب الارض قد
زرعها وحصد زرعها فهو له لانه اذا زرعها فقد صارت في يده •

كتاب الدعوى في النسب

يحتاج الى معرفة ثبات النسب وسبب ثباته وشرطه وحكمه اما
شرعية النسب فلقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقوله صلى الله عليه وسلم
من انتسب الى غير ابيه او انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة
والناس اجمعين ولان الولد يحتاج الى النفقة والتربية والتغذية لاستيفاء
مهجته واستحفاظه وصونه عن الضياع فلو لم يثبت نسبه من ابويه لهلك
جوعا وعريا لعجزه عن التكسب ولفقد من يقوم بتربيته وحضانته

واما سببه ثباته هو الفراش فان النسب لا يثبت الا بالفراش لقوله
عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر يعني لصاحب الفراش لا للفراش
لان الخصومة والمشاجرة جرت بين الزاني وبين مالك اليمين لا بين الزاني وبين
المزنية والمرأة انما تصير صاحب الفراش باحد نوعي الملك اما ملك النكاح
او ملك اليمين لان الفراش اسم لما يستفرش فسميت المنكوحة فراشا لانها
بمعنى الفراش الحقيقي فانها تصير مستفرشة عند الوطي وانما تصير مستفرشة
عند الوطي اذا كانت مملوكة مباحة الاستفراش فاما اذا كانت محرمة
الاستفراش لا تستفرش عادة وشرعا فلا تكون في معنى الفراش في شبهة
الفراش وتاويله ملحقة بحقيقة الملك والفراش احتياطا لان النسب مما
يحتاط في اثباته صيانة للولد عن الضياع ه والامة لا تصير فراشا ولا يثبت
النسب الا بالدعوة من المولى وعند الشافعي تصير فراشا بالاقرار بالوطي
والصحيح قولنا لانه ليس من ضرورة الوطي وجود الولد منه اذ كل وطي
لا يكون معلقا ومحلا فلا يكون الوطي دليلا على وجود الولد من الواطي لا
محالة لتوهم ان يكون من غيره فلا يكون الاقرار بالوطي اقرارا بكون الولد منه
وهذا لانه انما لا يثبت النسب منه قبل الاقرار لانه يتوهم انه من غيره
وهذا التوهم قائم بعد الاقرار بالوطي وبعد الوطي فلا يثبت نسبه منه
بخلاف المنكوحة لان ثمه يثبت النسب بمجرد النكاح من غير اعتبار الوطي
لقوله عليه السلام الولد للفراش جعل النكاح سببا لاضافة الولد
اليه مطلقا ه ولو حصن المولى امته ووطيها فجاءت بولد يستحب له ان
يدعيه لان الظاهر انه منه ولكن لا يثبت النسب ما لم يدع لانها لم تصر
فراشا له بعد ويتوهم ان الولد من غيره من زنا او نكاح فاسد وان كان

الظاهر انه منه وهذا اذا لم يعلم حقيقة انه منه وان علم بانه منه يجب
عليه ان يدعي ولا ينكر ولا ينفي وان لم يحصنها فله ان ينكر واذا جاءت
بولد وادعى المولى الولد تصير فراشا له لانه جعلها للاستيلاد كالمنكوحة
وهذا لان الانسان قد يطأ جاريته لقضاء الشهوة والوطي لا للاستيلاد والنسل (والوطء)
ويعزل عنها ولا يرسل ماءه في رحمها فلا تصير الامة بمجرد الوطي فراشا له ما لم
يضم اليه الدعوة واما شرطه فتصور علوق الولد من المدعي حتى لو جاءت
امرأة الصبي بولد لا يثبت النسب منه لانه لا يتصور العلوق والولد منه ومن
غير المالك لفقد الفراش

باب دعوة البائع والمشتري ولد الجارية المبيعة المبسوط

اصله ان الدعوة ثلثة انواع دعوة استيلاد ودعوة تحرير وهي دعوة
الملك ودعوة شبهة الملك اما دعوة الاستيلاد ان يدعي نسب ولد اصل
علوقه كان في ملكه علما وتيقنا ويصح في الملك وغير الملك ويستند الى
وقت العلوق ويوجب فسخ ما جرى من العقود لان الولد محل للنسب
وقابلا لفسخ العقد فيه ويجعل معترفا بوطي الجارية مستندا الى وقت العلوق
وامومية الولد تبع لثبات النسب في الولد لانا متى تيقنا بعلوق الولد في ملكه
كانت الدعوة بسبب اتصال العلوق بملكه بمنزلة البينة العادلة بل كالمشاهدة
والمعاينة في حق ثبات النسب وحرية الولد باصل الفطرة وصيرورة الجارية
ام ولد له بحكم الضرورة واما دعوى التحرير ان يدعي نسب ولد لم يكن
علوقه في ملكه فانما تصح في الملك لا في غير الملك ولا يجعل معترفا بالوطي
ولا يوجب فسخ العقد فيه وفي كل موضع امكن اثبات العلوق يصح والا
فلا حتى لو اشترى جارية حاملا ثم ادعى المشتري الولد كانت هذه دعوة

تحرير حتى عتق الولد ولو باعهما ثم ولدت عند المشتري فادعاه البايع لا تصح
دعواه لانها تحرير الحال بمنزله اعتاق مبتدا ولهذا تكون للمدعي ولا لهذا الولد
والتحرير انما يصح لقيام الملك وقت التحرير واما دعوة شبهه الملك وهي
دعوه الاب ولد جارية ولده فتصح على اعتبار ولايته على الولد من وقت
العلوق الى وقت الدعوة بلا انقطاع لان شرط صحة هذه الدعوه قيام شبهة
الملك وولاية التملك في جارية ابنه من وقت العلوق الى وقت الدعوة لان
الاب بالدعوة يصير مستولدا ملك نفسه ويملك الجاريه بالاستيلاد
مقتضى الوطي سابقا عليه وانما يكون كذلك اذا كان له ولاية التملك على الابن
من وقت العلوق الى وقت الدعوة ثم اذا اجتمعت الدعوتان فدعوة الاستيلاد
اولى من دعوة التحرير لانها تستند الى وقت العلوق حتى علق الولد حر الاصل
ودعوة التحرير تقتصر على الحال حتى يعتق الولد للحال فتصح السابقه وتبطل
اللاحقه فان سبقتها دعوة التحرير فهي اولى لانه متى صحت دعوة التحرير وقت
الخبيه سابقة على العلوق لم تصح دعوة الاستيلاد لانعدام الملك وقت
العلوق ۞ ودعوى التحرير اولى من دعوه شبهه الملك لان التحرير متى صح
زال الابن لمصادفته ملكه لم يبق للاب ولاية التملك وقت الدعوة ففقد
شرط صحة الدعوة فلم يصح ۞ ودعوه صاحب النكاح اولى من الكل
فاسدا كان النكاح او صحيحا لمن اقر بالفراش لغيره ثم ادعا نسبا لنفسه
لا يقبل لان النسب الثابت بفراش النكاح اكد واثبت من النسب الثابت
بملك اليمين لان فراش ام الولد ليس بلازم ما ذكرنا لانه يملك النقل الى غيره بان
زوجها من غيره او يعتقها ولا كذلك فراش المنكوحة والنسب بنا على الفراش

فما يكون اكد واقوى لا ينتفي بالنفي والاضعف والاولى ينتفي بالنفي ليظهر انحطاط
رتبته ثم مسايله على فصول فصل في دعوة ولد المبيعه وفصل في دعوته
بعد عتق احدهما او التصرف فيه وفصل في دعوته بعد الجنايه عليه وفصل
في دعوه احد ولدي المبيعة

فصل

باع امة فولدت عند المشتري فلا
يخلوا اما ان جات بالولد لاقل من سته اشهر بعد البيع او لسته اشهر
فصاعدا او لاكثر من سنتين من وقت البيع وكل وجه لا يخلو اما ان
ادعى البايع او المشتري او ادعيا جميعا معا او متعاقبا فان جات بالولد
لاقل من سته اشهر من وقت البيع وادعى البايع او شهد شاهدان على اقراره به
ثبت نسبه منه وتصير الجارية ام ولد له وينقض البيع ويرد الثمن على المشتري
وقال زفر والشافعي لا تصح دعوته قياسا لانه اقر بصحة البيع ثم ادعى الفساد
بدعوى الاستيلاد فلا يصدق ولانه اقرار في ملك غيره فلا يصح بدون تصديقه ۞
لنا ان الظاهر يشهد له على صدق دعوته لانا تيقنا بالعلوق في ملكه متى جات
بالولد لاقل من سته اشهر والعلوق لا يكون في ملك انسان والظاهر ان الولد
منه ولهذا يصدق اذا ولدت في ملكه في دعوى النسب ولم يصر لدعواه مناقضا
في كلامه لان الاعلاق امر مستتر يخفى فيحمل على انه كان لا يشعر به والان
يشعر به فكان الظاهر يشهد له في دعوى الاستيلاد فيصدق فيه احتياطا
في اثبات النسب ۞ وان ادعى المشتري صح دعوته ويعتق لان دعوته دعوى
تحرير ولهذا اثبت له ولا الولد ودعوة الخبيه تصح منه ۞ ولو ادعياه معا
فدعوة البايع اولى لانها دعوة استيلاد وهي سابقه معنى لما بينا وان ادعيا
على التعاقب فالسابق منهما اولى بما كان لما بينا ۞ وان جات بالولد لسته

لستة اشهر من وقت البيع فدعوة البائع لا تصح الا بتصديق المشتري لانا
لم نتيقن بعلوق الولد في ملكه بل يحتمل انه حدث في ملك المشتري ومتى تصادقا
مست العلوق في ملكه تصادقهما لان الحق لهما فامكن تصديقه وقد احتمل
ذلك فتصح دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له
عليه ولاء ۞ وان ادعيا معا او سبقا فتصح دعوة المشتري دون البائع لما
بينا ۞ وان جاءت بالولد لاكثر من سنتين لا تصح دعوة البائع الا بتصديق
المشتري فان صدقه المشتري يثبت النسب منه ولا ينتقض البيع ولا تصير
الجارية ام ولده ويبقى الولد ملكا للمشتري لانه لم يحتمل العلوق في ملك البائع
لان هذه مدة لا يبقى الولد في البطن فيكون حادثا بعد زوال ملك البائع فصار كما
لو ادعى اجنبي وصدقه المشتري وان ادعياه معا او متعاقبا تصح دعوة
المشتري لما بينا وهذا كله اذا علم مدة الولادة وان لم يعلم مدة الولادة
بعد البيع بان اختلفا في المدة لا تصح دعوة البائع الا بتصديق المشتري وتصح
دعوة المشتري لان البائع يدعي بطلان البيع فالظاهر لم يشهد له والمشتري
منكر فيكون القول له وان ادعيا معا لا تصح دعوة واحد منهما لانه وقع
الشك في ثبات النسب من كل واحد منهما ان كان لاقل من ستة اشهر
يثبت من البائع وان كان لستة اشهر او اكثر يثبت من المشتري فلا
يثبت النسب من كل واحد منهما بالشك ۞ وان ادعياه متعاقبا ان
سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع لا تصح دعوة واحد منهما
لوقوع الشك في ثبات النسب من البائع او المشتري ۞ وسواء كان البائع
ذميا او مستأمنا والمشتري حرا او مسلما ولو ادعى البائع قبل الولادة يكون
موقوفا لينفصل حيا بيقين لان من شرط صحة دعوة البائع اتصال العلوق

بملكه يقينا ولا يتحقق هذا قبل الولادة لجواز انها تلد لستة اشهر فصاعدا
فيتوقف الى ان يظهر بالولادة ان العلوق كان متصلا بملكه يقينا ۞ ولو لم
يكن اصل الحبل عند البائع بان كان اشتراها حبلى ثم باع لا تصح دعوته فالقول
للبائع ان الحبل كان عنده لان الظاهر يشهد له لان حدوث الحبل عنده حيث
جاءت به لاقل من ستة اشهر فالظاهر ان العلوق كان عنده لانه هو المتمكن
من الوطء دون غيره فيكون القول له مع يمينه ۞ واذا حبلت امة في ملك
رجل فباعها وتداولتها الايدي ثم رجعت الى الاول فولدت في يده فادعى
نسبه ثبت نسبه منه وبطلت البيوع كلها ويتراجعوا بالاثمان ولو لم يكن
اصل الحبل عنده لم تبطل العقود ۞ ولو ولدت عند البائع ثم باعها ثم ادعاها
واختلفا في العلوق عند البائع فاقام البائع البينة انه اشتراها من فلان قبل
البيع بمدة سنة وقد حبلت عنده واقام المشتري البينة انه اشتراها قبل البيع
بيوم والحبل عنده فالبينة بينة البائع مثبتة البيع في وقت لا ينازعه المشتري
في ذلك الوقت ۞ اشترى جارية على انه بالخيار فولدت في اللب فادعاه ثبت
النسب لانها لما ولدت انتقصت وتعيبت والخيار بطل بعيب المبيع عند
المشتري فلزم البيع وكانت دعوته مصادفة ملكه فصحت ۞ ولو كان
الخيار للبائع فنقض البيع كانت دعوة المشتري باطلة لان دعوته صادفت
ملك البائع الا اذا ملكها يوما ثبت نسبه منه لان الدعوة اقرار بنسب ثابت
وليس باثبات النسب للحال والاقرار قبل الملك صحيح ولكن يتوقف نفاذه على
الملك كالاقرار بحرية عبد الغير ۞ [illegible] رجل باع امة حاملا فقال البائع
ليس هذا الحمل مني فولدت عند المشتري لاقل من ستة اشهر فادعاه البائع

صحت الدعوة وردت الجارية والولد اليه لان هذا حق الولد فلا يبطل بامكان
البايع الحمل دباع ام ولده والمشتري يعلم انها ام ولد البايع فجات بولد
فادعاه المشتري لا يصح فيكون ابن البايع لان الامة ام ولده وله فراش عليها
فان نفاه البايع ثبت نسبه من المشتري استحسانا ويكون للبايع لمنزلة
امه وكذلك لو لم يعلم المشتري بانها ام ولد البايع الا ان الولد يكون حرا اذا
نفاه البايع وادعاه المشتري ۞ ولو باع مدبرته من رجل وقد عرف
المشتري انها مدبرته وقبضها فوطيها فولدت منه ثبت نسبه منه
ولم يعتق ورده مع امه الى البايع رقيقا لان المشتري ليس بمغرور فيتبع
الولد الام في الرق الا ان نسبه ثبت من المشتري لقيام شبهة الملك له في
الجارية فصحت دعوته **فصل** ولو ماتت الام ثم ادعى البايع الولد
فهو مصدق في الدعوة لان الاصل في ثبات النسب هو الولد والام تبعه
الولد ثبت بحاله وثبات النسب لا يقبل الفصل عنه في الجملة فتعذر
اثبات الاستيلاد في الام لا يمنع ثبات النسب ويرد البايع الثمن كله عند
ابي حنيفة لانه اذا ثبت النسب تبين انه باع ام ولده فلا يضمن بالقول لانه
لا قيمة لها في المعاقدات ولها قيمة في الاتلافات فكانت مضمونة بالقبض
فيرجع بحصة الولد وعندهما لا يرد حصة الام وهذا بنا على ان مالية
ام الولد متقومة عندهما وعنده غير متقومة وصارت الجارية ام ولد
لانه ليس فيها ما يمنع صحة الدعوى فيثبت حكم الاستيلاد فيها تبعا لثبات
نسب الولد الا انها احتبست عند المشتري بالموت وهي لا تضمن بالحبس
والاحتباس عند ابي حنيفة في العقود خلافا لهما ۞ ولو اعتق المشتري الام او

او دبرها او استولدها ثم ادعى البايع الولد وجب عليه رد حصة
الولد من الثمن ولا يرد حصة الام بلا خلاف لان الجارية لم تصر ام ولد
للبايع حتى يبطل تقومها لان فيها ما يمنع صحة الاستيلاد ۞ ولو باع
الام او كاتبها او اجرها او وهبها تبطل العقود وترد اليه
لان هذه التصرفات قابلة للنقض وقد وجب نقضها لانه ظهر
انها صادفت ام الولد فتنقض بخلاف العتق والتدبير والاستيلاد
فانه لا يقبل الانتقاض ۞ فان اعتق الولد او دبره لا تصح دعوته
لانه بعد عتق المشتري وتدبيره ثبت ولاؤه من جهته
والولا لا يقبل الانتقاض كالنسب ولو صحت دعوته لحكم
الاعتاق يبطل الولا لانه يظهر انه علق حر الاصل فلا تصح دعوته
الا بتصديق المشتري ۞ ولدت الجارية بنتا والبنت ابنا فاعتق
المشتري الابن ثم ادعى البايع البنت صح ويبطل عتق المشتري
في الابن لانه لما صحت دعوته في الام استندت الدعوة الى
وقت العلوق وظهر انها علقت حرة الاصل وان بيعها كان
باطلا وان المشتري لم يملكها واذا لم يملكها ظهر انه لم يملك
ابنها وان اعتاقه كان باطلا لانه اعتق ما لا يملكه وكلاهما
ثابتا النسب منه ۞ ولو ولدت بنتا عند البايع ثم البنت ابنا
ثم باع الابن فاعتقه المشتري ثم ادعى البايع البنت بطل البيع والعتق
لانه لما صحت دعوته في البنت استندت الدعوة الى وقت العلوق
فظهر انها علقت حرة الاصل وان ابنها علق حر الاصل وان بيعه

كان باطلا وقد اعتق المشتري ما لا يملكه ٥ ولو باع البنت فاعتقها
المشتري ثم ادعى البائع البنت لم يصح ولم يعتق ابن البنت الذي عنده
لانه لم يصح دعوة البنت لانها عتقت وثبت ولاوها من جهة المشتري
واذا لم يثبت نسبها منه لا يثبت نسب ولدها لانه لا يتصور ثبوت
ابن البنت بدون البنت ولكن يعتق لانه من زعمه انه ولد له وانه حر
وهو مالك لتحريره فيعتق عليه بزعمه وان لم يثبت النسب منه ٥
ولدت في يد البائع ثم باع الام فزوجها المشتري عبده فولدت ثم
فارق العبد الزوجة فاستولدها المشتري ثم ادعى البائع الولد
الذي لم يبعه يثبت نسبه ويرد عليه ولد العبد بحصته من الثمن
ويكون عنده في حضانته ويعتق لموته من جميع المال ويترك الامة
في يد المشتري لان علوق الولد الذي عنده كان في ملكه فقد
صحت دعوته فيه ولا يصح دعوته في الجارية لانها صارت
ام ولد للمشتري بالاستيلاد ولا يجوز ابطال الاستيلاد من جهة
المشتري وكذلك لا يبطل البيع في الولد الذي ولد من المشتري
لانه علق حر الاصل وثبت نسبه من المشتري وليس من ضرورة
ثبوت نسب الولد الاول منه ثبوت نسب الولد الثاني منه
ويأخذ ولد العبد لان الجارية صارت ام ولد للبائع في زعمه
وقد تعذر زعمه في ملك غيره بدليل ظاهر على صدق مقالته
وهو كون علوق الولد في ملكه الا ان زعمه ودعوته لم يصح
في الجارية لمانع وهو الاستيلاد من جهة المشتري ولا مانع

في الولد فيثبت حكم زعمه فيه فصار ولد العبد ولد ام ولد البائع فيعتق
بموته ٥ ولو ادعى البائع نسب ولد العبد لا يثبت ويعتق عليه
لانه ادعى نسب عبد هو معروف النسب من غيره فان نسبه
ثابت من العبد فيعتق عليه ولا يثبت نسبه منه

فصل

ولو قتل الولد عنده واخذ قيمته لا يصح دعوته لان بعد القتل والموت
لم يبق محلا لاثبات النسب فانه استغنى عن النسب بعد الموت
فلا يصح دعواه اصلا ٥ ولا يصح دعواه في حق الام وان كانت
الام قابلة لحكم الدعوى لان الولد اصل في دعوى النسب والام
تبع له فاذا لم يصح الدعوى في حق الاصل لا يصح في حق التبع ٥ وان قطعت
يده واخذ ارشه صحت الدعوة ويرد البائع الثمن الا حصة اليد
لانه بعد القطع بقي محلا لاثبات النسب لانه محتاج اليه فصحت دعوته
فظهر ان الولد علق حر الاصل لكن لا يظهر الحرية في حق اليد لان المستندات
تظهر في حق القائم دون المبان والتلاشي اذ المستندات تثبت بطريق
الظهور ولا ظهور في اسناد العتق في الجزء المبان المنفصل فبقي الارش
موقوفا كما قطع لان اليد حين قطعت كانت موقوفة ظاهرا فاذا لم
تظهر الحرية في حقها بقيت موقوفة كما كانت ٥ ولو فقئت عيناه
ودفعه المشتري واخذ قيمته صحت الدعوة ويرد الثمن ويرجع
الجاني على المشتري بالقيمة ولا ارش على الجاني عند ابي حنيفة
وعندهما يضمن قدر النقصان لانه بقي محلا لاثبات النسب فيثبت
نسبه منه وظهر انه علق حر الاصل فان الدفع والبيع لم يصح فيرد

البايع جميع الثمن على المشتري ويرد المشتري جميع القيمة على الجاني عند
ابي حنيفة وعندهما يمسك حصته وهذا بناء على ان ليس عنده لمن له
المفقوءة عينه ان يمسك الجثة ويرجع على الجاني بنقصان العمى فلم يسلم الجثة للجاني
هنا فلا يضمن قدر النقصان بل يدفع جميع القيمة وعندهما يضمن النقصان فكان
للمشتري ان يحبس قدر النقصان من القيمة ويسلم للبايع حصته من الثمن
بلا جمع البدل والمبدل على ملكه ● والجناية على الولد وامه بعد الدعوة
كالجناية على الحر وام الولد وكذلك جنايتهما لانه لما صحت الدعوة ثبت
منه النسب والحرية وامومية الولد ● ولو جنى قبل الدعوة فهي على البايع
دون المشتري وهو مختار للارش بالبيع ان كان عالما لانه صحت دعوة البايع
بعد جنايتهما لان علوق الولد كان في ملكه والولد محتاج الى اثبات النسب
منه فيثبت النسب والاستيلاد منه فيكون عند الجناية عليه دون المشتري
وحرية الولد تثبت باقرار البايع واقراره يصح في حقه ولا يصح في حق غيره فثبت
حرية الولد من الاصل في حق البايع حتى لا يكون له ولا عليه ولا يثبت الحرية
من الاصل في حق المجني عليه حتى لا يبطل حقه عن البايع واعتبرناه قائما
في حقه حتى ان كان عالما صار مختارا للفداء بالبيع وان كان جاهلا كان
عليه الاقل من قيمته ومن الارش **فصل** ولدت عند المشتري ولدين
احدهما لاقل من ستة اشهر والاخر لاكثر فادعى الولدين معا فهما ابنا
البايع لان علوق الولد كان في ملكه بيقين وكانت دعوته دعوة استيلاد
ودعوة المشتري فيه دعوة تحرير وكانت دعوة الاستيلاد اولى ومتى
ثبت نسب الولد الاول من البايع صارت الجارية ام ولد له وظهر ان الولد الثاني ولد
ام ولده وولد ام الولد ثابت النسب من المولى من غير دعوة فتقع الدعوة

اولى ● ولو بدا المشتري وادعى الاخر جعلته ابنه وامه ام ولده
لان علوق هذا الولد كان في ملكه ولو لم يكن في ملكه صحت دعوته
لقيام الملك له فيه وقت الدعوة وهذا اولى وان ادعى البايع
بعده الولد الاول ثبت نسبه بحصته من الثمن لان علوقه كان في
ملكه وليس فيه ما يمنع صحة دعواه واذا صحت دعوته
فيه انفسخ البيع فيه وبقي البيع في الام ● وان لم يدعيا ولكن ادعى البايع
الاخر وحده لا يصدق لان علوق ذلك الولد لم يكن في ملكه فالظاهر
انه ليس منه وكذلك لو مات الولد الاول ثم ادعاهما لا يصح دعوته
لانه لا يصح دعوته في حق الميت لاستغنائه عن النسب واذا لم
يصح في الاول لا يصح في الثاني لما بينا والقول للمشتري انها ولدت
لاكثر من ستة اشهر والبينة للبايع لان الظاهر لم يشهد للبايع
والبايع يدعي بطلان البيع والمشتري ينكر بخلاف ما لو قال المشتري
لم يكن العلوق عندك وقال البايع كان العلوق عندي فالقول
للبايع لانهما اختلفا في جواز العقد وفساده الا ان سبب الفساد
ثبت بدليل ظاهر وهو كون علوق هذا الولد حادثا من جهة البايع
لان الظاهر يشهد له لانه هو المتمكن من وطيها دون غيره فالظاهر
ان العلوق منه لا من غيره فتحقق سبب الفساد بدليل ظاهر فيكون
القول له ● وان اقاما البينة فالبينة للمشتري عند ابي يوسف
وعند محمد البينة للبايع وكذلك على هذا الاختلاف اذا باع من
اخر جارية فولدت فقال المشتري اشتريتها قبل الولادة والولد

لى وقال البايع لا بل اشتريتها بعد الولادة والولد لى واقاما البينة
لمحمد ان بينة البايع مثبتة لانها تثبت حرية الولد وحرية الام
من وجه وبينة المشترى نافية وكذلك فى المسلة الثانية
بينة البايع مثبتة للملك له فى الولد والمشترى ينكر لذلك فكانت
البينة المثبتة اولى من النافية لابى يوسف ان بينة المشترى
تثبت البيع فى ابعد الوقتين وفى وقت لا ينازعه البايع فانه لا ينازعه
فى البيع فى ابعد الوقتين وبينة البايع تثبت البيع فى اقرب الوقتين
لا فى ابعدهما فخلت بينته عن اثبات البيع فى ذلك الوقت عن المعارض
والمنازع فكانت اولى بالقبول

باب دعوة التوام

المبسوط واذا ولدت الامة المبيعة ولدين فى بطن واحد
لاقل من ستة اشهر فادعى البايع احدهما صحت دعوته وثبت
نسبهما منه لان التوامين كولد واحد لانهما خلقا من ماء واحد
فاذا ثبت نسب احدهما ثبت نسب الاخر لا محالة وبطل ما
جرى فيه من العقود من عتق وبيع وكذلك ان جات باحدهما
لاقل من ستة اشهر وبالاخر لاكثر لانه لما ثبت ان علوق الولد الاول
كان فى ملك البايع علم ضرورة ان علوق الثانى كان فى ملكه
ايضا فيثبت نسبهما منه ۞ ولو ادعاهما المشترى اولا
ثم البايع لم يصدق البايع وهما ابنا المشترى كما فى الولد الواحد
۞ ولو جنى على احدهما واخذ المشترى الارش ثم ادعاهما البايع
صح والارش والكسب للمشترى ولو قتل احدهما واخذ

المشترى قيمته كانت قيمة المقتول لورثة المقتول ولا يتحول الى
الدية والفرق ان الارش بدل الطرف وحرية الولد لم تظهر
فى حق الطرف لانها ثابتة غير محتاجة الى الحرية لان الجزء المنفصل
عن الولد لا يقبل الحرية فبقيت اليد ثابتة على ملك المشترى فكان
بدله له فاما القيمة بدل عن الولد ومن ضرورة اثبات نسبه من
البايع اسناد الحرية الى وقت العلوق فظهر انه مات حرا
وترك مالا فيكون لورثته الا انه وجبت القيمة دون الدية لان
البايع لا يصدق على غير المشترى وهو العاقلة ولانه قتل وهو
موقوف من حيث الظاهر ووجبت القيمة على القاتل ولا تثبت اسناد
الحرية الى وقت العلوق فى حق البدل وهو القيمة لانه واجب منفصل
عن الولد وهو لا يقبل الحرية ۞ ولو اعتق المشترى احدهما ثم قتل
وترك ميراثا واخذ المشترى ديته وارثه بالولاء ثم ادعاهما
البايع صح ويأخذ الدية والميراث من المشترى ويبطل الولاء
لانه لما ثبت نسب الولد الحى منه ثبت ايضا نسب المقتول ضرورة
لانهما توامان علقا من ماء واحد وظهر انهما علقا حرى الاصل
وان البيع كان باطلا فيهما واعتاق المشترى كان باطلا والدية
والميراث كان ملكا للبايع ۞ ولو ولدت الامة توامين
ولم يكن اصل الحبل عنده فباع احدهما واعتقه المشترى ثم ادعاهما
البايع فهما ابناه ولا ينقض البيع والعتق لانه ادعى ولدين مجهولى
النسب وليس لاحد عليهما ولاء سواه فصح دعواه وثبت نسبهما

بهذه

منه لكن الدعوة هذه تقضى على حال وجودها ولا تستند الى
وقت العلوق لان العلوق لم يكن في ملكه فلا يظهر انه باع حرا
فلا يبطل البيع والعتق ❁ امة وولدها في يد رجل وفي يد آخر
ولدها آخر فاقام كل واحد البينة ان الامة والولدين له ولدا
من هذه الامة توأمين او في بطنين مختلفين تقضى بالامة والولدين
لذي اليد لانه دعوى امومية الولد والنسب دعوى العتق وفي
دعوى العتق بينة ذي اليد اولى من بينة الخارج ولان دعوى امومية
الولد والنسب بمعنى النتاج لان امومية الولد سبب لثبوت الولا
والولا سبب له ابدا لا من جهة احد بسبب لا يتكرر وهو الاستيلاد
وكذا النسب بمعنى الاستيلاد النتاج لانه يثبت ابدا لا من جهة
احد بسبب لا يتكرر وهو الاستيلاد وفي دعوى النتاج بينة ذي
اليد اولى واذا وجب القضا بملك الامة وجب القضا بملك
الولد ضرورة لانهما تصادقا انهما ولدي ام ولده ❁ وان اقام كل
واحد منهما البينة على ان الملك له في الامة وان الولد الذي في
يده ولده منها ولا يعلم ايهما اكبر وليسا بتوأم يقضى لكل
واحد بما في يده لان الذي في يده يدعيه ولم ينازعه احد فيه وحال
عدم المنازعة يقضى بمجرد الدعوى ❁ رجل في يده امة له منها
ولد فاقام ان هذه الامة لزيد زوجها منه ثم ولدت منه هذا الابن
واقام زيد البينة ان الامة التي في يده زوجها منه وولدت له هذا
الابن يقضى لكل واحد بالابن الذي في يده ويوقف الامة في

بينة صح

يد ذي اليد لا يبيعها لاحدهما فايهما مات عتقت بموته لان في زعم كل
واحد منهما انها ام ولد لصاحبه لانها ملكه وقد ولدت منه
وصاحبه منكر وقد تصادقا على كونها ام ولد ولكن المستولد
احدهما وانه مجهول فيكون ام ولد موقوفة وعتقت بموت احدهما
لزعم الحي انها ام ولد صاحبه وقد عتقت بموته ❁ اقام مولى الامة
بينة على ولادتها ولد له من امته على فراشه وادعى آخر انه تزوجها
بغير اذن مولاها فولدت على فراشه هذا الولد الذي في يد المولى
تقضى بالولد للزوج وبعتق الولد باقرار المولى في الحال وبعتق امته
اذا مات المولى لان بينة الزوج اكثر اثباتا لان النسب الثابت
بفراش النكاح اكثر واثبت من النسب الثابت بفراش الملك
لما بينا فكانت بينته اولى بالقبول ❁ حرة اتت بابنين توأمين
فاكتسبا مالا ثم مات احدهما عن ابن فادعى رجل انه تزوج المراة
وانهما ابناه وصدقته المراة لا تصدق على غيرها لكن يدخل
معها في نصيبها لانها اقرت بشركته اياها في نصيبها وانصبا
غيرها تصدق على نفسها لا على غيرها ❁ فان اقر الابن الباقي بذلك
ثبت نسبهما منه ولا يرث مع ابن الميت شيا الا اذا اقر وهو بالغ
ثبت نسبهما منه ويرث لانه هو المستحق للميراث وهو ينكر
النسب والمراة والابن لا يصدقان عليه الا بتصديقه فاذا ثبت
نسب الحي منه ثبت نسب ابن الميت ضرورة لانهما توأم لا يتصور
اختلافهما في ثبات النسب الا ان نسب ابن الميت ثبت

باقرار الحي ودعوة الاب لا بالبنة فلا يصدقان على غيرهما ه

باب دعوة الاب ولد جارية ابنه المبسوط

الاب استولد جارية ولده تملكها بالقيمة ولا يغرم العقر وقال
ابو يوسف آخرا لا يملكها ويغرم العقر وقال زفر والشافعي
يملكها ويغرم العقر لهما ان الوطى صادف ملك الغير فلا ينفك
عن العقوبة او الغرامة فاذا لم تتعلق به العقوبة لمكان الشبهة
تتعلق به الغرامة كالوطى اذا عري عن الاحبال والايلاد وكوطي الجارية
المشتركة بينه وبين اجنبي لنا ان الوطى صادف ملك نفسه
لانه يتملكها بالقيمة مقتضى الوطى سابقا عليه لان الاستيلاد
صحيح بالاجماع حتى يترتب عليه ثبات النسب وصحة الاستيلاد
يفتقر الى الملك لان النسب لا يثبت الا بالفراش ولا فراش الا
بالملك وقد انعدم هنا ملك النكاح فتعين ان الثابت ملك اليمين
فاثبتنا له حقيقة الملك مقتضى الاستيلاد سابقا عليه دون
حق الملك صونا للاب عن ارتكاب الحرام ولاصابته في تفريع
الحق فاثبتنا له حق الملك بعوض تقليلا للضرر عن الابن بخلاف
الجارية المشتركة لان الملك في البعض المشترك لم يكف لصحة الاستيلاد
الا ان حكم الاستيلاد وهو حق الحرية لا يتجزا فيتعدى الى نصيب شريكه
ولن يتعدى الى نصيب شريكه الا بتملك نصيبه فيملك نصيب شريكه
حكما للاستيلاد عقيبه لا سابقا عليه فبقي الوطى في نصيب شريكه
عاريا عن الملك فيلزمه العقر ه وسواء كان الولد صغيرا

او كبيرا لان له ولاية تملك مال الابن عند مسيس الحاجة اليه وحاجة
ماسة الى صحة الاستيلاد هنا صيانة للاب عن ارتكاب المحظور
فيملكها بالقيمة قبل الوطى دفعا للحاجة كما في الكبيرة ه ولو
استحقها رجل ياخذها وعقرها وقيمة ولدها لانه صار مغرورا
له لانه وطيها على حساب انه ملك الابن ثم ظهر انه لم يكن ملكا
له والحكم في المغرور كذلك ويرجع الاب على الابن بقيمة الجارية
دون العقر وقيمة الولد لانه ظهر ان الابن اخذ منه القيمة بغير
حق لانه ظهر انه لم يملك الجارية والابن ما ضمن له سلامة الاولاد
لانه ملك الاولاد عليه جبرا وقهرا ه وطي جاريته ثم ادعى ابوه
ولدها ثبت النسب اذا وجد شرطه وتصير الجارية ام ولد
له لان استيلاد موطوءة الابن صحيح وان كان لا تحل له وطيها
اذا حصل الاستيلاد في الملك وهنا حصل الاستيلاد في الملك
لان الجارية قابلة للتملك وحاجة الاب ماسة الى تملكها
شرطا لصحة الاستيلاد سابقا عليه فيتملكها بالقيمة ه
ه ولدت امة رجل فادعى ابوه الولد ولم يكن اصل الحبل عند ابنه
وكذبه الابن لم تجز دعوته لانه لا يتصور تملك الجارية على الابن
بالاستيلاد قبل الوطى لان علوق هذا الولد كان في ملك البائع
لا في ملك ابنه وليس له ولاية تملك مال البائع الا ان يصدقه المولى
فتصح دعواه ولا يملك الجارية كما اذا ادعاه اجنبي ويعتق على
المولى لانه ملك اخاه على زعمه وكذلك لو ادعى ولد مدبرة

ابنه او ولد ام ولده المنفي من جهة الابن او ولد مكاتبه الذي ولدته
في الكتابة او قبلها لا تصح دعواه الا بتصديق الابن لان صحة
دعواه تبتني على ملك الجارية وليس له ولاية التملك على مولاه
لانه لا يقبل التملك • وان كان اصل الحبل عند ابنه فادعاه جازت
دعوة الابن لان دعوته سابقة معنى لانها توجب ثبات النسب
سابقا على دعوة الاب لان دعوة الاب لا توجب ثبات النسب الا
بواسطة التملك اولا والحال ما تملك الاب بثبت نسب الابن
فيكون ثبات نسب الابن سابقا على دعواه • ولو كان الاب عبدا
او ذميا وابنه حرا ومسلما لم تجز دعوة الاب لانه ليس له ولاية
على الابن ولا يملك جارية ابنه • ولا يصدق الجد اب الاب اذا
كان الاب حيا وان كان الاب ميتا صدق الجد لانه ليس له ولاية
على الحافد عند قيام الاب وله ولاية حال عدمه • ولا يصدق
اب الام وغيره من ذي الرحم المحرم في جميع الاحوال لفقد الولاية •
اشترى عبدا واشترى ابوه اخاه وهما توامان فادعى احدهما
من في يده ثبت نسبهما منه وعتق الذي في يد الاخر بالقرابة لانه ثبت
نسب الذي في يده بالدعوة لانها صادفت ملكه فثبت نسب الاخر
ضرورة انهما توامان ويعتقان بالقرابة لانه ان كان المدعي هو الابن
فاحدهما ابنه بالدعوة والاخر اخوه وقد ملكه وان كان
المدعي هو الاب فمن في يده ابنه والاخر ابن ابنه وقد ملكه •
ادعى الاب عبد ابنه او المولى عبد مكاتبه لا يصح لان دعوة الاب انما يصح

اذا كان العلوق في ملك الابن حتى يملك الجارية على الولد
قبل الوطي فيصير مستولدا ملك نفسه فيصح الاستيلاد وههنا لم
يكن العلوق في ملكه فلا يمكن تصحيح دعواه • ادعى البايع
ولد الجارية المبيعة وصدقه الابن لا يصح وكذا دعوة البايع بعد
لانه لا يتصور التملك على الابن وولاية التملك من وقت العلوق الى
وقت الدعوة شرط لصحة هذه الدعوة المسا رجل ادعى
ولد امة ابنه وقد ولدته في ملك الابن ومات ثبت نسبه منه وعليه
قيمة الام لان علوق هذا الولد في ملك الابن فجاز له ان تملك الام
عليه فظهر بالدعوة انه كان تملكها بالقيمة وقت العلوق
مقتضى الوطي سابقا عليه • ولو كان الابن باع الام قبل ذلك
قال ابو يوسف اجعل له الولد بالقيمة وقال محمد لا اجعل الولد له
لما بينا في الجامع امة ولدت ولدين في بطن واحد فباع المولى
احدهما فادعى اب البايع الولدين وكذبه البايع والمشتري صحت
الدعوة وثبت نسب الولدين وعتق ما في يد الابن بغير قيمة وما
في يد المشتري عبد بحاله لانه وجد شرط صحة الدعوة وهو
استيلاد وولاية التملك من وقت العلوق الى وقت الدعوة والجارية
قابلة للتملك فيتملكها بالقيمة شرطا لصحة الاستيلاد مقتضاه
سابقا عليه وصارت ام ولده وثبت نسب الولدين لانهما
توامان علقا من ماء واحد ويعتق ما في يده لانه علق في ملكه
وثبت نسبه فتبين انه علق حرا ولا يعتق ما في يد المشتري ولو

كان المدعي هو المولى بنقض البيع فيما عند المشتري وعتق
والفرق ان دعوة البائع دعوة استيلاد في حقه وفي
حق المشتري لان علوق الولدين كان في ملكه ودعوة
الاستيلاد تستند الى وقت العلوق فتبين انهما علقا حرين فاما
دعوة الاب جعلت دعوة تحرير في حق المشتري لان دعوته لم
تصادف ملكه لانه ليس له ولاية تملك مال الاجنبي فلا يمكن ان
تجعل دعوته دعوة استيلاد في حق المشتري فجعلت دعوة تحرير
وليس من ضرورة عتق احد التوامين عتق الاخر ، ولو باع الجارية
مع احد ولديها فادعى الاب الاخر فالامة والولد الذي في يد المشتري
رقيقان والذي في يد الابن حر بالقيمة عند ابي يوسف وقال محمد الدعوة
باطلة وكذا لو باع الام وحدها وادعى الاب الولد لمحمد ان من شرط
صحة الدعوة ان يكون الاب مستولدا ملك نفسه لا ملك ابنه وانما
يكون مستولدا ملك نفسه اذا امكنه تملك الجارية
وبعد البيع لا يمكنه تملك الجارية فلم تصح الدعوة لفقد شرطها
فصار كما لو كانت مدبرة او ام ولد للابن لابي يوسف ان حق
الدعوة كان ثابتا للاب قبل الدعوة لقيام الملك للابن وانما بطل
حكما لزوال ملكه فيبطل بقدر ما زال عن ملكه كما اذا (اشترى) جارية
حاملا فولدت عنده ولدين في بطن واحد ثم باع الجارية مع احد
الولدين ثم ادعى الولد الذي لم يبع صحت دعوته فيه ولم يصح فيما باع فكذا
هذا ثم الولد الذي لم يبع حر بالقيمة لانه لم يتملك الجارية حتى تعلق

الولد في ملكه وكانت دعوته دعوة تحرير **فصل** ادعى الجد
والاب نصراني او معتوه او مكاتب صحت دعوته فان اسلم الاب
او اعتق ثم ادعاه الجد لا تصح دعوته لان الجد لا يقوم مقام الاب
في الدعوة لان التملك لحاجة الاستيلاد نوع ولاية على الحافد
في ماله فانه يتملك ماله جبرا ونفوذا والجد يقوم مقام الاب في
التصرف في ماله عند عدمه وهو لا اعتبر عدما في حق ولاية التصرف
في مال ولده لفقد اهليته واسباب ولايته يقوم الجد مقامه في ولاية
التصرف والتملك منوط له فاذا اسلم او عتق عادت اليه ولايته
وانقطعت ولاية الجد ففقد شرط صحة الدعوة وهو ولاية
التملك وقت الدعوة ، وان كان الاب معتوها ولم يدع الجد
فافاق الاب فادعى فدعوته باطلة قياسا كما لو كان نصرانيا
او مكاتبا حين الولادة ثم اسلم او اعتق فادعى وصحت استحسانا
بخلاف الرق والكفر لانه ليس للعبد والكافر ولاية التملك
وقت الولادة ففقد شرط صحة الدعوة وللمعتوه ولاية
التملك وقت الولادة الا انه لم تصح دعوته لعدم عقله
فاذا عاد عقله وادعاه استندت دعوته الى وقت الولادة
وله ولاية التملك وقت الولادة فصحت **باب**
دعوى الولد من الزنا او في النكاح الفاسد المبسوط
مسائله على فصلين احدهما في الزنا والثاني في النكاح الفاسد
فصل واذا زنى بامراة فجاءت بولد [illegible] ليست [illegible]

نسبه لقوله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر فهذه
الكلمه تستعمل للنفي والتبعيد اي لا شي له ● ويثبت نسبه من الام
لان الحكم في جانبها متعلق بحقيقة الولادة وذلك لا يختلف بالحل
والحرمة ● وان ادعى عبد صبيا انه ابنه من الزنا لم يثبت النسب
كما لو صدقه المولى او كذبه لما بينا ولو ملكه عتق عليه لان العتق
باعتبار البنوة والجزئية والبعضية فانها ثابتة ● وان ملك امها
لم تصر ام ولد له لان الاستيلاد يبتني على ثبات النسب فلا يثبت
دونه ● واذا تصادق الزوجان على ان الولد من الزنا من فلان يثبت
النسب من الزوج لان سبب ثبات النسب قائم وهو الفراش والنسب
يثبت حقا للصبي صيانة له عن الضياع فلا يصدقان على ابطال حقه
● ولو اقر انه ولده من هذه المراة بالزنا وقالت المراة بنكاح لا يثبت
النسب وان ملكه وعليه العقر ولا حد لان النكاح لا يثبت الا
بحجة بينة عادلة فاذا لم تقم الحجة لم يثبت النكاح ● وكذلك ان
اقامت شاهدا واحدا لانه شطر الحجة وعليها العدة لان العدة
من باب الديانات وفي الديانات يقبل قول الواحد فيثبت النكاح
في حق العدة فيجب العدة وان ادعى الرجل النكاح وادعت هي انه من
السفاح فان كان الولد في يد الرجل يثبت النسب منه لقيام يده عليه
كما لو ادعى رقه صدق وان كان في يد المراة لم يثبت نسبه لانها هي
ما ادعاه الرجل لا تصدقها كما لو ادعى رقه
النسب لان المراة لا تصدق عليه في نفي النسب

عنه وان ملك امه صارت ام ولد له ولا حد وعليه العقر وعليها
العدة لانه اقر بكونها ام ولد له ● ولو قال احدهما هذا الولد
من نكاح وقال الآخر من سفاح ثم اقرانه من نكاح يثبت النسب
لانهما تصادقا على ثبات النسب ولم يبطل حق السابق ولا يمنع اقراره
اللاحق كما لو قال لآخر لك قبلي ثم قال لك على الف صح اقراره ●

فصل

تزوج امراة لا تحل له او تحل له نكاحا فاسدا او خلا
بها فجاءت بولد لستة اشهر منذ تزوج او منذ خلا يثبت النسب
ويجب المهر لان في النكاح الفاسد لا يثبت الفراش الا بالوطي ومتى
اتصل به الوطي التحق بالصحيح في حق افادة الاحكام فاذا ولدته لستة
اشهر منذ خلا بها دلت ولادة الولد على انه دخل بها حالة الخلوة
وان كان ممنوعا عن وطيها شرعا واذا ثبت الدخول يثبت النسب
ويجب المهر واذا جاءت بالولد لستة اشهر منذ تزوج يثبت النسب
وبه او بله اذا خلا بها بعد النكاح بلا فصل وان لم يكن كذلك ينبغي ان لا
يثبت النسب لان في النكاح الفاسد لا يثبت الفراش الا بعد الوطي
وقال بعض اصحابنا ان من تزوج امراة لا تحل له وجاءت بالولد لا يثبت
النسب شرعا على قول ابي حنيفة ولعل لم يتفقوا على هذه الرواية وقد
نص هنا انه يثبت النسب ولم يحك فيه خلافا ويجب ان يكون هذا قول
ابي حنيفة وعلى قولهما لا يثبت النسب لان عندهما نكاح من لا تحل
غير منعقد فكان وطيها زنا محضا ولهذا وجب الحد ● قال الرجل
ابني منك من نكاح صحيح وقالت المراة من فاسد لا تصدق المراة على

الفساد لانهما تصادقا على النكاح وعلى ثبات نسب الولد منها
وانما اختلفا في الجواز والفساد فيكون القول قول من يدعي الجواز ۝ وان
قال الزوج من فاسد يسئل المخبر عن وجه الفساد ويفرق بينهما ويكون
تفريقا بالطلاق في حق المراة حتى يلزمه المهر والنفقة لان هذا
اقرار منه بتحريمها على نفسه والخروج اليه بالطلاق فجعل هذا التفريق
بالطلاق ۝ وان كان المدعي للفساد المراة لا تفرق لانه ليس اليها التفريق
بالتحريم بالطلاق ۝ تزوج امراة فولدت فادعى احدهما ان النكاح منذ شهر
وقال الاخر منذ سنة فالنسب ثابت منهما لان مدعي زيادة المدة يدعي
صحة النكاح والاخر فساده فالقول قول من يدعي الصحة ۝ واذا كان
مدعي الشهر الزوج لا تفرق بينهما ولا تقضي بفساد النكاح لانه
لا يدعي البطلان بعد الدخول والفساد بعد الصحة حتى تقضي بالفساد
بزعمه كما اذا قال لزوجته هذه بنتي ولها نسب معروف لا يفسد
النكاح فكذا هذا واذا اختلف القول قول من يدعي البعد الا جل
يكون الولد ثابت النسب من الزوج وكذلك لو طلقها ثلثا فولدت
بعد ذلك بيوم ثم اختلفا هكذا ۝ فان اتفقا على شهر والولد
صغير لا يثبت نسبه من الزوج لان النكاح حقهما فاذا تصادقا
على انه كان فاسدا كان القول قولهما في فساده والنسب ليس بثابت
فلا يكون ابطالا لاحق الولد حتى لو اقر ان الولد منهما ثم تصادقا على
ان النكاح كان منذ شهر لا يصدقان عليه لما فيه ابطال حق الولد
۝ فان اقامت البينة انه تزوجها منذ ستة اشهر يثبت النسب منه

لانه

لانه ثبت بالشهادة ان التزوج كان منذ ستة اشهر فلا يصدق الزوج على
انه كان منذ شهر وهذه رواية على ان الشهادة على النسب تقبل
من غير دعوى لان النسب يتضمن حرمات كلها حق الله تعالى وهي حرمة
الفرج وحرمة الامومية والابوة كما في عتق الامة وقيل لا تقبل
من غير دعوى بنصب القاضي خصما عن الصغير ثم يسمع البينة عليه
لان النسب كما فيه اثبات الحرمة ففيه اثبات حقوق العباد
وهي النفقة وغيرها ۝ حرمت عليه ام ولده بالكتابة او وطي الاب
ثم ولدت لم يثبت نسبه منه الا ان يقر به وكذلك لو كانت ام
ولد المسلم مجوسية او مرتدة لان هذه العوارض تزيل الفراش بملك
النكاح لانها توجب حرمة مؤبدة فاولى ان تزيل الفراش بملك اليمين والنسب
لا يثبت بدون الفراش ۝ فان كان حرمها على نفسه او حلف لا يقربها
يلزمه ولدها ما لم ينفه لان الايلاء والتحريم لا يزيل الفراش بملك اليمين اصلا
ولا يزيل فراش النكاح مؤبدا ۝ احد الزوجين مرتد والاخر مسلم
يثبت النسب منهما ويرثهما لان الفراش لا يزول بالحرمة لان ما بالردة ليس
الحرمة موقتة وما زال الفراش يثبت النسب والولد يكون مسلما
تبعا للمسلم لانه يتبع خير الابوين دينا والمسلم يرث من المسلم والمرتد
جميعا ۝ ولو تزوج المرتد مرتدة او كتابية لا يرث الولد من احدهما
لان اولاد مرتد تبعا لابويه والمرتد لا يرث من احد ۝ سبيت المرتدة
حاملا ثم ولدت لاقل من ستة اشهر في السبي يثبت نسبه من المسلم والولد
رقيق قيل الصواب ان يقال يثبت اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر

منذ لحقت بدار الحرب ولاقل من سنتين منذ ارتدت لان العدة قد سقطت
باللحوق فصار كما لو سقطت باقرارها بانقضاء العدة فولدت لاقل من ستة
اشهر من وقت السقوط والولد رقيق لانه يتبع الام في الرق والحرية وفي
النسب يتبع الاب وفي الدين خير الابوين دينا وفي حرمة الاكل يعتبر
نفسه حتى ان الذئب اذا نزى على شاة ان ولدت ذئبا لا يؤكل وان ولدت
شاة يؤكل ، ولد المجوسي من محارمه يثبت نسبه لانه ولد النكاح على
نعي الى المراة زوجها فتزوجت او سبيت فتزوجت فولدت ولدا ثم
جاء الاول او ادعت المراة طلاقا فاعتدت وتزوجت وجحد زوجها
الاول فولدت قال ابو حنيفة رحمه الله الولد للزوج الاول وروي عن
ابي حنيفة للثاني وقال محمد ان جاءت به لاقل من سنتين بعد الدخول
على الثاني فللاول وللاكثر فللاخر وقال ابو يوسف ان جاءت به لاقل من
ستة اشهر فللاول ولستة فصاعدا للثاني لمحمد انها متى ولدت لاقل
من سنتين يحتمل انه من الاول ويحتمل انه من الثاني الا ان نكاح الاول
صحيح ونكاح الثاني فاسد واعتبار النكاح الصحيح والحاق النسب
به اولى من اعتبار النكاح الفاسد والحاق النسب به وان ولدت
لاكثر من سنتين فقد علمنا انه ليس من الاول فيجب الحاقه بالثاني
وان كان نكاحه فاسدا ضرورة ولا بد كامراة الصبي اذا زوجت
نفسها من اخر وجاءت بولد كان للثاني وان كان نكاحه فاسدا فكذا
هذا لابي يوسف ان الفراش الحقيقي للثاني وهو القادر على وطيها
والمراة تصير زانية لا استفراشه اباها والثاني هو القادر على
استفراشها

استفراشها دون الاول والنكاح الفاسد سبب للفراش كالنكاح
الجائز فيثبت الفراش للثاني ولا يبقى من الفراش الاول ضرورة فيجب ثبوت النسب من الثاني
دون الاول لابي حنيفة ان النكاح الاول صحيح وهو مثبت للفراش الاول
فكانت المراة واثباته ولم يبطل واشبه بالنكاح الفاسد لان النكاح الفاسد
لا يبطل حكم النكاح الصحيح ولا يرفعه ولهذا لا يفيد الحل فاذا ثبتت
المراة واثباتها للاول لا تصير وثابتا للثاني ضرورة والنسب يجب الحاقه
بصاحب الفراش لا بالواطي بالنص المشهور على ما روينا من حديث علي رضي الله عنه
انه قضى بالمراة للاول وبالاولاد للثاني حكاية حال لا عموم لها فيحمل ان نكاح
الاول لم يثبت بالبينة لكن ثبت بتصادق الزوج الاول والمراة على انها
منكوحته فكانت المراة للاول بتصادقهما على النكاح ولا يصدقان
ولا يصدقان على المولى في قطع نسب الاولاد عن الثاني لان نسبهم ثبت
من الثاني ظاهرا

باب دعوة العبد التاجر والمكاتب

المبسوط فيه فصلان احدهما في دعوة العبد والمكاتب
والثاني في دعوة المولى

فصل

عبد تاجر ادعى ولد امته او ولد امة
نكاح فاسد او صحيح وعليه دين او لا يثبت نسبه وان لم يصدقه المولى
وكذلك المكاتب اذا ادعى ولد جاريته لانه اخص واحق بمكاسبه ومرافقه
من المولى يدا وتصرفا ازالة واثباتا وصارت مكاسبه كانها ملكه
على الحقيقة لان معنى الملك عائد اليه وهو المنافع والمرافق فصح استيلاده
لمصادفته ملكه من وجه واحكام النكاح واقعة للعبد وفوائده
آيلة اليه ولم يجز بيع الولد لانه مكاتب عليه ولا يبيع الجارية لان له فيها

حق ملك نقلت ذلك الحق حققه عند الاداء فمنع من بيعها ولد الولد
ولد امة مولاه وقال الحلبي لان صدقه المولى ثبت نسبه منه والا فلا
لان الاحلال نكاح فاسد لان الاحلال متعه والنكاح الفاسد
كالصحيح في حق ثبات النسب ثم قيل يشترط تصديق المولى اياه في الاحلال
وكون الولد منه لان الاحلال متعه فيشترط التصديق في المتعة
وفي المتعه اذا جاءت المراه بولد وادعى الواطي ثبت النسب واختلفوا
في ان النسب هل يثبت في المتعه من غير دعوى قيل يثبت كما في
سائر الانكحه الفاسدة وقيل لا يثبت الا بالدعوة وهو الصحيح
لان المتعه غير موضوعه للنسب بل للوطي والتمتع فعلى هذا القول
يشترط لثبات النسب تصديق المولى في النسب والاحلال جميعا
لان المتعة لما لم تكن موجبة ثبات النسب فقد حصل الولد على ملك
المولى وهذا يدعي نسب ولد مملوك للمولى فيشترط فيه تصديق المولى
د عبد ادعى لقيطا انه ولده من زوجته هذه وهي امة وصدقه
الامة وقال المولى هو عبدي فهو عبده وابنهما في قول ابي يوسف
وقال محمد هو ابنهما وهو حر لمحمد ان اللقيط كان محكوما حريته
ظاهرا لان الظاهر من حال من كان في دار الاسلام ان يكون حرا
ولهذا جنايته جناية الاحرار ولما حكم بحريته لا يجوز ان يقضى برقه
بالمحتمل وتصادقهم تضمن ابطال الحريه عليه فلا يكون حجة على غيرهم
ولان الاقرار بثبات النسب اقرار للقيط بما فيه نفع له فيصح والاقرار
بالرق اقرار عليه فلا يصح وليس من ضرورة ثبات النسب من ابوين
رقيقين ان يكون الولد رقيقا كالعبد اذا تزوج امراة على انها حرة

ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة وان حدث بين رقيقين فكذا هذا
لابي يوسف ان حرية اللقيط ثابته بظاهر الحال لا بدليل يوجب الحريه
فيجوز القضاء برقه اذا قام دليل الرق وهنا قام دليل الرق وهو رق الابوين لان
رقهما سبب لرق الولد وقد ثبت النكاح بينهما بتصادقهما فصار كالثابت
بالبينة بهما وتعاقدهما فاذا ادعيا النسب صح دعواهما وثبت النسب منهما
ورقهما والولد المتولد من الرقيقين لا يكون الا رقيقا لان ثبات النسب من الرقيقين
لا ينفك عن رق الولد فصدقان في حق الرق تبعا لثبات النسب وان تضمن ابطال
حق اللقيط في الحرية كقبول النسب اذا اقرت انها ابنة اب زوجها وصدقها
الاب فسد النكاح لما كان من ضرورته فكذا هذا وقول محمد الظاهر لان
ضرورة الولد رقيقا باعتبار النكاح فيما مضى والنكاح في الماضي ما ثبت بتصادقهم
وانما ثبت في الحال واللقيط محكوم بحريته في الحال المنتقى قال ابو حنيفة
ومحمد رحمهما الله شيخ مملوك ادعى غلاما محكوما حرا انه ابنه وصدقه الغلام
ثبت نسبه منه لانه لا ضرر للمولى في ثبات النسب منه لانه لا تلزمه النفقه
٥ ولو ادعى مملوكا انه ابنه وصدقه المملوك لم يصح دعوته ولم يثبت نسبه
الا ان يصدقه مولى المملوك لانه لا عبرة بتصديق المملوك كما لو اقر
بمال المملوك غيره د فان اعتق بعد ذلك ثبت نسبه من المدعي لزوال المانع
ولو لم يعتق فادعاه شخصان كل واحد انه ابنه وصدق المملوك احدهما وصدق
المولى الاخر لا يثبت نسب واحد منهما لانه لا عبرة بتصديق كل واحد
بانفراده ما لم يجتمعا ولو استولد المكاتب امة ابنه وهو مكاتب على حدة
او حر لم يصدق على النسب اذا كذبه الابن الا اذا ملكه لانه لا ولاية له على ابنه اذا
لم يولد في كتابته ولا حق له في مكاسبه والولاية شرط لصحة الدعوة والاستيلاد

واذا ملكه بعد نسبه لانه زال ما يمنع صحة الدعوى وهو ملك غيره وان كان
الابن مولودا في كتابة الاب او اشتراه جازت دعوته من غير تصديق الابن
لان اكساب ولده المولود في كتابته والمملوك بشرائه بمنزلة كسبه

لانها مستفادة بكسبه وبتصرفه ولهذا ينفذ تصرفاته فيهما وكانت
الدعوة مصادفة ملكه من وجه فيصح وهو حر كاتب ولد امته ثم ادعاه ابوه
لا يصدق كما لو كاتبهما او اجرهما لان صحة دعوة الاب تبتنى على ولاية
التمليك وليس له ولاية تملك مكاتب ابنه **فصل** مسائله لا تخلوا
اما ان ادعى المولى ولد مكاتبته او ولد امة مكاتبه او ولد امة مكاتبة
مكاتبته فان ادعى ولد مكاتبته والولد مجهول النسب ولا زوج للمكاتبة
صحت دعوته لانه ادعى ولد جاريته لانها مملوكة للمولى رقبة فكان علوق
هذا الولد منه لا بملكه فصحت دعوته وان تضمنت ابطال حق المكاتبة في الولد
وهو حق الاستكساب فانه كان لها ان تستكسب الولد قبل عتق
الولد ولا تملك ذلك بعد العتق كالبائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة فكان
العلوق في ملكه صحت دعوته وان تضمنت ابطال ملك المشتري فكذا هذا
ولانه ليس في تصحيح دعوته الا اثبات حق العتق للام وحقيقة العتق للولد
والمولى يملك اثبات حقيقة العتق فيهما بالاعتاق فاولى ان يملك اثبات
حق العتق في احدهما وحقيقة العتق في الاخر وان كان لها زوج
وصدقه الزوج يعتق الولد ولا يثبت النسب لانه ثابت النسب من الزوج
بفراش النكاح فلا يثبت من المولى وان ادعى ولد امة مكاتبته لا يصح الا بتصديق
المكاتبة لانه لا ملك له في امة مكاتبته لا رقبة ولا تصرفا ولهذا لا يملك
اعتاقها او تزويجها فكان بمنزلة الاجنبي عنها وان صدقته المكاتبة عتق
الولد بالقيمة استحسانا وان ادعى ولد امة مكاتبة مكاتبته لم يصدق
الا بتصديق المكاتبة الثانية واذا صدقته الثانية ثبت نسبه ولا يكون
حرا بالقيمة بخلاف ولد امة مكاتبته فانه يعتق بالقيمة والفرق ان

ولد امة مكاتبته فلم يقع الاشتباه انها ملكه لان للمولى ايضا بواسطة فصار مغرورا وولد المغرور يكون حرا بالقيمة وفي ولد امة مكاتبة مكاتبته لا يقع الاشتباه انها ملكه لانه لا ملك للمولى في مكاتبة مكاتبته فلا يصير مغرورا هنا فلا يصير الولد حرا بالقيمة واذا ادعى المولى ان عبده الكبير ولده يثبت نسبه منه وان انكره العبد لان دعوته صادفت ملكه وهذا اذا كان مثله يولد لمثله ٥ ولو زوج امته من عبده فجاءت بولد فادعاه سطران جارية لاقل من ستة اشهر فالولد للمولى وامه ام ولد له وان جاءت لستة اشهر فصاعدا فالولد للعبد وصح النكاح ويعتق الولد والعبد لا يملك الولد لان الولد حصل على فراش العبد لانا لم نتيقن بعلوقه في ملك المولى فصح النكاح وعتق الولد لاقرار المولى انه ابنه حر الاصل والاقرار بالبنوة ان لم يوجب ثبات النسب يجعل اقرارا بالحرية من حين ملك مجازا لما عرف في العتاق ه

باب دعوة ولد الجارية المشتركة المبسوط

الولد انفصل ميتا فادعاه احدهما وهو ابنه وامه ام ولد له وكذلك لو ادعى انها اسقطت سقطا استبان بعض خلقه وكذبه الاخر لان الولد الميت والسقط ثابت النسب من الواطئ ان السقط يظل محبنطئا على باب الجنة ويقول لا ادخل الجنة حتى يدخل معي ابواي والسقط المستبين خلقه ولد حتى تنقضي به العدة وتصير المراة به نفساء ولانه ان تعذر اثبات النسب للميت لاستغنائه عن النسب وامومية الولد انما تثبت تبعا لثبات النسب ولكن امكن ان يجعل قوله هذا ولدي مجازا او استعارة عن قوله هذه ام ولدي لا يصير من ولده الامة ام ولد له حكم ثبات نسب الولد ونحوه ان يجعل السبب مجازا عن حكمه فاذا تعذر العمل بحقيقته يجعل كناية عن حكمه تصحيحا للكلامه

٢١٨

ونطفه فصار كانه قال هذه ام ولدي فيصح لكون الجارية في ملكه ٥ رجلان اشتريا امة مع ولدها فادعى احدهما الولد فلا يخلو اما ان كانت الدعوة قبل الملك او بعده وكل وجه لا يخلو اما ان كان شريكه ذا رحم محرم من العبد او اجنبي عنه ولا يخلو اما ان صدقه شريكه او كذبه فان كانت الدعوة قبل الملك ثم ملكاه فهو بمنزلة الولد المعروف النسب منه على ما مر في العتاق فان كانت الدعوة بعد الملك وشريكه اجنبي وصدقه لم يضمن المدعي قيمة الولد لشريكه عند ابي حنيفة وان كان موسرا الا انه اذا صدقه فقد ظهر ان هذا العبد ابنه معروف النسب منه وقد ملكاه جميعا ابن احدهما ومتى ملك اثنان ابن احدهما فلا ضمان على الاب عنده وان كذبه شريكه يضمن حصة شريكه من قيمته ان كان غنيا وان كان فقيرا حصته من الام ويسعى الولد في حصته لان شريكه لا يسلم عنده انه ملك مع ابنه بل صار المدعي معتقا له بالدعوة فصار كعبد مشترك اعتقه احدهما وان كان شريكه ذا رحم محرم من الولد وصدقه شريكه فلا ضمان ولا سعاية لانه عتق عليهما بالقرابة لان هذا ملك ابنه والاخر ملك ابن اخيه وان كذبه شريكه فعتقهما يضمن له قيمة نصيبه ان كان موسرا او يسعى العبد فيه ان كان معسرا وهو رواية عن ابي حنيفة لان تكذيب المكذب الاخر فيما ادعاه صدر عن المالك كما ان الدعوة صدرت من المالك لان العبد مشترك بينهما فصح التكذيب من المالك فلم تثبت القرابة في حق المكذب فتضمن ابطال حقه فصار كاعتاق مبتدا في حق الشريك وفي رواية عن ابي حنيفة يعتق منهما ولا ضمان ولا سعاية لان القرابة تثبت في حق المدعي والمكذب جميعا الا انها لما ثبتت في حق المدعي لقيام الملك له في

الولد ثبت في حق الاخر ضرورة انها لا تتجزى كما لو اشترى عبدا او اشترى
ابوه عبدا وهما توأمان فادعى الاب الذي في يده يعتق الذي في يد الابن
وان كذبه اباه وكذا هذا وقد ذكر في باب قبل هذا لو تزوج امراة على
خادمة فولدت الخادمة بعد القبض لاقل من ستة اشهر فماتت المراة فورثها
الزوج وغيره فقد ادعى الولد ضمن نصيب شركائه من الورثة ان كان موسرا
ويسعى العبد في حصتهم ان كان معسرا لان العتق مضافا الى القرابة الثابتة
بالدعوة والدعوة حصلت بصنعه فصار كاعتاق مبتدا في حق الشركاء فيتصل
لكذبتهم بها وان كان شركاوه ذو رحم من الولد لا يسعى ولكن يضمن اباه ان كان
غنيا عندهما وان كان فقيرا كان دينا عليه يسعى فيه العبد اذا كذبوا الاب في
الدعوة وعند ابي حنيفة ان كانت الدعوة بعد ما وجب الميراث وان كان فقيرا
استسعوا الولد وان كان غنيا ضمن في رواية ولا ضمان ولا استسعاية في رواية على
ما بيناه ٥ **فصل** امة بين رجلين ولدت ولدا فادعياه معا فهو
ابنهما والجارية ام ولد لهما وان ولدت ولدين توأمين فادعى كل واحد احد
الولدين بعينه ثبت نسب الولدين منهما لانه لا يتصوران يثبت نسب احدهما دون الاخر
لانهما توأمان من ماء واحد فلا يختلف حكمهما في حق ثبات النسب فيكون دعوى
احدهما دعوى الاخر فصار كل واحد منهما مدعيا لهما جميعا ٥ وان كانا
في بطنين مختلفين ثبت نسب الاكبر من مدعيه وتصير الجارية ام ولد له ويضمن
نصف القيمة والعقر لشريكه لان علوقه كان اسبق فيكون دعوته سابقة
ولا يصح دعوة الاصغر قياسا لان دعوة الاستيلاد تستند الى وقت العلوق
وعلوق الاكبر كان اسبق فتكون دعوته سابقة على دعوة مدعي الاصغر

فصارت

فصارت ام ولد لمدعي الاكبر ومدعي الاصغر ادعى نسب ولد ام ولد الغير
فلم يصح وفي الاستحسان الاصغر دعوته حين صدرت منه كانت الجارية
مشتركة بينهما في الظاهر وقد اعتمد على هذا الظاهر ثم ظهر في الاخرة
انها كانت ملكا للشريك ولم يقف على ما به فصار مغرورا وصار ولده حر
الاصل ثابت النسب وتصير نصفه قصاصا بماله على مدعي الاكبر ويودي
نصفه وهذا تاويل بعض الروايات انه يلزمه نصف العقر وقال زفر ان ام ولد
لهما لان دعوة الاصغر قد صحت لقيام ملكه في النصف وقت الدعوة ظاهرا
فيمنع ذلك استناد دعوة الاكبر الى وقت العلوق ولهذا لا تبطل دعوة الاصغر
فقد استويا في الدعوة فتصير الجارية ام ولد لهما ٥ ولو قال احد المولين ان
كان في بطنها غلام فهو مني وان كانت جارية فليست مني وقال الاخر على
عكسه والقول منهما معا فما ولدت لاقل من ستة اشهر فهو لهما وان
قالا متعاقبا فالسابق اولى لان كل واحد اخبر عن الاعلاق وحدوث الحبل
منه والاخبار يصح بقدر ماله علم بالتجربة وللانسان علم باصل الحبل لا بصفته
انه ذكر او انثى بل العالم والمستاثر بما في الارحام هو الله تعالى فصح اخبارهما
باصل الحبل دون صفته فكانهما ادعيا الحبل وقالا في بطنك من الحبل فهو
مني ان قالا ذلك معا فهو ولدهما وان قالا فالسابق اولى ٥ وان جات به لاقل من
ستة اشهر من اقرار الثاني ولاكثر من اقرار الاول فهو للثاني لانا تيقنا
بوجود الولد وقت دعوة الثاني فصادفت دعوته ولدا موجودا في البطن
فصحت ولم يتيقن بوجود الحبل وقت دعوة الاول لاحتمال استحداثه
بعد الدعوة فلم يصح الدعوة بالشك لان النسب لا يثبت بالشك ٥ ولو

ثم كان في ولد المغرور يضمن نصف قيمته الام ويلزمه العقر لانه وطئ ام ولد الغير

ادعى احدهما الولد واعتق الآخر معا فالدعوة اولى لانها تستند
الى حالة العلوق فتكون اسبق وبالقبول احق ه امة بين شريكين جاءت
بولد فادعياه وثبت النسب منهما فولدت آخر لم يلزمهما الا بالدعوة لانها
لم تصر فراشا الا لاحدهما وان صارت ام ولد لهما لانه لا يحل لكل واحد منهما وطيها
فلا يملك استفراشها فلا يثبت النسب الا بالدعوة كما لو حرمت على المولى
بالمصاهرة فجاءت بولد لا يثبت نسبه من المولى الا بالدعوة لزوال فراشه فكذا
هذا ه وان ادعاه احدهما لزمه لان علوق الولد كان في ملكه ويضمن عقرها
حصة شريكه من الام والولد وعند ابي حنيفة لا يضمن شيئا على ان مالية ام الولد
وولدها غير متقومة عنده خلافا لهما ه امة بين ابن واب فادعياه لان للاب
ولاية استيلاد الكل في نصيبه لقيام ملكه فيه حقيقة وفي نصيب ابنه لقيام
ولاية التملك وليس للابن الا ولاية استيلاد نصيبه خاصة لقيام الملك له في نصيب
شريكه فكان دليل الاب ارجح واقوى فيكون القضاء بالنسب منه احق واولى
وكذلك الجامع الحافل عن علم الاب ه جارية بين رجل وصغير ولدت
فادعى الرجل وابو الصغير يثبت من صاحب الرقبة لان دعوته سابقة معنى
لان دعوته تثبت من غير واسطة التمليك لان الملك ثابت له وقت العلوق
ودعوة الاب لا تثبت الا بواسطة التمليك فانه يتملك على الولد اولا ثم
يثبت النسب فكانت دعوة صاحب الرقبة في زمان التملك فكانت سابقة ه
امة بين رجلين ملك احدهما نصيبه منذ شهر والآخر منذ ستة اشهر فجاءت
بولد فادعياه فهو للاقدم منهما ملكا لان دعوته اسبق لان دعوته دعوة
استيلاد بان العلوق كان في ملكه فتستند دعوته الى وقت العلوق ودعوة

الآخر

الآخر دعوة تحرير فيقتصر على الحال فيكون دعوى من هو اقدم الملك اولى
ويضمن نصف قيمتها ونصف العقر ولم يذكر محمد لمن يضمن وينبغي ان يضمن
للبائع لا لصاحبه لانه ظهر انه وطئ جارية مشتركة بينه وبين البائع
لان وطئه قبل ملك الآخر فكان مصادفا ملك البائع فيتملك عليه نصف
الجارية من وقت العلوق فظهر ان البيع كان باطلا لانه باع ام ولد
غيره فعلى البائع ان يرد جميع الثمن الى صاحب الملك الآخر وهل يضمن
صاحب الملك الآخر شيئا قال مشايخنا ينبغي ان يضمن جميع العقر لصاحبه
لانه ظهر انه اقر بوطئ ام ولد لصاحبه فيكون هذا قولا منهم ان دعوة
التحرير تنتظم الاقرار بالوطئ لان النسب لا يثبت الا بالوطئ وهو الصحيح
وذكر صاحب شرح مختصر الطحاوي ان دعوة التحرير لا تنتظم الاقرار
بالوطئ لان دعوة التحرير تقتصر على الحال ولم تستند الى ما قبله فلا تنتظم
الاقرار بالوطئ في ملك الغير وانما يثبت النسب في دعوة التحرير باعتبار
الملك والاعتاق من غير وطئ فعلى هذا يجب ان لا يجب عليه العقر لصاحبه
فان لم يعلم ايهما اول وهو بينهما فلا عقر على واحد لانهما استويا في الدعوة
لان دعوة كل واحد منهما احتمل ان يكون دعوة استيلاد ودعوة تحرير
ومتى استويا في الدعوة استويا في ثبات النسب ولا عقر على واحد منهما لصاحبه
لانه تعذر القضاء بالعقر على واحد منهما لصاحبه لجهالة المقضي عليه والمقضي
له قالوا ويجب ان يضمنا نصف العقر للبائع لان الوطئ صادف نصف
ملك البائع وامكن القضاء بنصف العقر عليهما للبائع لان المقضي له معلوم ه
امة بين رجلين ولدت ولدين في بطنين فادعى احدهما الاكبر والآخر

الاصغر معا لم يصح دعوة الاكبر لان دعوة الاكبر تستند الى وقت العلوق
فتصير الجارية ام ولد من ذلك الوقت فيظهر ان الاصغر ولد ام ولده فلا يصح
دعوة مدعي الاصغر وان ادعى احدهما الاصغر اولا ثبت نسبه والضمان
والعقر على ما عرف لانه ليس هنا ما يمنع صحة دعواه فان ادعى الاخر
الاكبر بعده ثبت نسبه ويضمن نصف قيمته ونصف عقرها ولا يضمن
من قيمة الام شيئا لانه صار معتقا نصيبه من الولد بدعوته فصار في حق
الشريك كانه اعتقه ابتدا فيضمن نصف قيمة الولد ونصف عقرها
لانه ادعى انه حين وطيها كانت مشتركة بينه وبين مدعي الاصغر لان
دعوة الاكبر تستند الى وقت العلوق الا ان له على مدعي الاصغر
نصف العقر فيتقاصان ولا يضمن من قيمة الام لان الضمان مع العقر لا يجتمعان
ولو مات [illegible] وترك امة حاملا وابنين فادعى احدهما ان الحمل من ابيه وقال
الاخر هو مني فهو ابن المدعي لنفسه لان دعوة النسب لنفسه اقرار بحمل
نسبه على نفسه فيصح ودعوة النسب من غيره اقرار بحمل النسب على غيره (عنده صح)
وذلك لا يصح ولان مدعي الاستيلاد من جهة ابيه معتق حقيقة لانه يقول
انها ام ولد لابيه عتقت بموته فمقر على نفسه بحرية هذه الجارية فكانت
مدعوته دعوة تحرير ودعوة الاخر دعوة استيلاد ودعوة الاستيلاد
اولى من دعوة التحرير لانها اسبق لما بيناه ولو ان مدعي الحبل على ابيه
اقر على نفسه اولا عتق نصيبه من الام والولد وتحول دعوة الاخر ويثبت
نسبه منه ولا يضمن من قيمة الام شيئا ويضمن نصف العقر لانه ملكه في نصف
الجارية والولد غلام لان العتق لا يتجزى عند ابي حنيفة فيبقى نصيب الاخر

الشفا

رقيقا كما كان وانه كان لصحة الدعوة ولا يضمن من قيمة الام شيئا لان نصيب
صاحبه من الجارية والولد عتق باقراره ان الحبل من ابيه وانما عتقا بموته
فلم يصر المدعي بالدعوة معتقا شيئا على صاحبه ويضمن نصف العقر لانه
صرفه صاحبه لانه اقر انه وطي جارية مشتركة بينه وبين غيره وهذه المسئلة
نص على ان دعوة التحرير يتضمن الاقرار بالوطي كدعوة الاستيلاد لانه قال
وترك امة حاملا وهذا يوجب ان تدخل الامة في ملك الابنين وهي حامل فتكون
دعوتهما دعوة تحرير ومع هذا اوجب على المدعي العقر والعقر لا يجب الا بالوطي
وعليه اعتمد مشايخنا ه **المنتقى** قال ابو يوسف اوجب على المدعي العقر
في ثلثة نفر اشتروا امة فولدت في ايديهم بنتا لاكثر من ستة اشهر ثم ولدت
بنتها ابنا فادعى احدهم الام والثاني البنت والثالث الابن فدعوة مدعي
البنت جايزة وثبت نسبها منه استحسانا وعليه ثلث عقر الام وثلث قيمتها
لمدعي الابن وعليه عقر امه كاملا للامة دون المولى لانه يقول هي حرة ولا
يصدق انها حرة لياخذ عقر حرة وليس على مدعي الابن شيئا لان مدعي البنت
يقول هو ابن بنتي ومدعي الام يقول هولاء كلهم احرار ولا يصح دعوة مدعي
الام وهي ام ولد لمدعي البنت ه **الجامع** مسايله على فصلين احدهما في دعوة
الام والولد والثاني في دعوة ولدها دون الام ه **فصل** رجلان اشتريا
جارية فولدت لستة اشهر وادعى احدهما الولد والاخر الام فالدعوة دعوة
صاحب الولد والجارية ام ولده والولد حر ويضمن نصف العقر لشريكه ونصف
قيمة الجارية لان دعوة مدعي الولد دعوة استيلاد لان علوق الولد حصل في
ملكهما لان العلوق امر حادث فيحال بالعلوق الى اقرب الاوقات وهو ما بعد

ستة اشهر لا الى ما قبلها او دعوة مدعي الجارية ودعوة الاستيلاد سابقة
على دعوة التحرير فتصح السابقة وتبطل اللاحقة وانما يضمن نصف قيمة الجارية
لانه يملك نصيب شريكه بالاستيلاد فان قيل مدعي الجارية حرة وزعم
ان مدعي الولد لم يملك نصيبه فكيف يضمن مدعي الولد نصف قيمتها قلنا
اقراره بحرية الجارية صدر منه بعد ما زالت الجارية عن ملكه لان دعوة الا
ستيلاد سابقة على دعوة التحرير فيملك المستولد الجارية بالاستيلاد
قبل اقراره بالحرية فلا يصح اقراره واما العقر لان الوطي صادف ولاء في ملك
شريكه وانما يملك الجارية بعد الوطي والاستيلاد حكما له لا سابقا عليه
لان له حالة الوطي والاحبال ما يكفي لثبات النسب فلا حاجة الى ان يملك سابقا
على الوطي بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لانه يتملكها سابقا على الوطي
لانه ليس له حالة الوطي من الملك ما يكفي لثبات النسب ه ولو ولدت بعد الشرى
لاقل من ستة اشهر والمسئلة بحالها صحت دعوة كل واحد لان دعوة كل واحد
منهما دعوة تحرير لان علوق الولد والجارية لم يكن في ملكهما فيقتصر على حال
وجودها فلم يسبق احدهما على الاخرى فصحتا ومدعي الام لا يضمن لشريكه ولا
تسعى له الام عند ابي حنيفة وعندهما تضمن نصف قيمتها ان كان موسرا
وتسعى فيه ان كان معسرا وهذا اساس ان عنده المملوك للمولى في ام الولد ملك
الخدمة والمنفعة لا ملك الرقبة لان ماليتها غير متقومة والمنفعة لا تضمن
بالاتلاف عندنا وعندهما المملوك ملك الرقبة لان ماليتها متقومة بوطي
ام الجارية فلا يضمن مدعي الاول للثاني قيمة الولد لاتفاقهما على حرية الولد
ولا قيمة الجارية لان مدعي الجارية يكذبه في اقراره لانه يقول بابنته التي

علقت

علقت حرة الاصل وفرع اقراره بحرية الجارية لانها في ملكهما ولا عقر
عليه لانه اقر بوطي الجارية قبل ملكهما الجارية لانه حصل مقرا بوطي
الجارية بسبب علوق الولد منه وعلوق الولد كان قبل ان ملك الجارية

فصل

وان ولدت الجارية بنتا لستة اشهر من وقت الشرى ثم
البنت ولدا فادعى احدهما الولد الاول والاخر الثاني معا او الجدة حية او ميتة
صحت دعوة كل واحد وصارت الجدة ام ولد الاول وعليه نصف قيمتها
ونصف عقرها ودعوة الثاني صحيحة استحسانا لا قياسا لان دعوة مدعي
الكبرى استندت الى وقت العلوق وصارت الكبرى حرة من ذلك الوقت فظهر
ان مدعي الصغرى ادعى ولد حرة ليس بينهما نكاح فلا يصح وجه الاستحسان
ان الكبرى كانت في ملكهما وقت دعوة الصغرى من حيث الظاهر والملك الثابت
ظاهرا يكفي لثبات النسب وضرورة الولد حر الاصل كمن اشترى جارية فاستولدها
ثم استحقها رجل بالبينة ثبت النسب من المشتري ه وكذلك لو تزوج امراة
انها حرة فاستولدها ثم استحقها رجل لان الملك ثابت من حيث الظاهر
فيكفي لثبات النسب الا انه باعتبار الاستناد تظهر انها زايلة عن ملكه
ولكن المستند لا يظهر في حق ابطال النسب وحرية الولد لانه لا ضرورة
فيه ولا يلزمه قيمة الولد لانه مدعي الكبرى ادعى انها ابنته علقت في ملكه حرة
الاصل ويضمن مدعي الصغرى للكبرى نصف عقرها وفي رواية جميع عقرها
لان دعوة مدعي الكبرى استندت الى وقت العلوق وعلوق الكبرى قبل علوق
الصغرى وظهر ان مدعي الصغرى وطي الكبرى وهي حرة فيكون مقرا لها
بجميع العقر وجه الرواية الاولى وهي الاصح لان الكبرى في ملكهما وقت الدعوة

الدعوة ظاهرا ولهذا صحت دعوته ودعوة الكبرى انما يستند الى وقت
العلوق في حق ثبات النسب ولا يستند في حق المستوفى بالوطى لا
لعدام الضرورة وانه متلاش مضمحل فصار مدعي الصغرى والجارية الكبرى
وهي في ملكهما فيلزمه نصف العقر الا ان مدعي الكبرى يقر بالعقر للكبرى
فيصير للكبرى ويضمن مدعي الكبرى نصف قيمة الجرة ونصف عقرها
لان الجرة كانت في ملكهما وقت علوق الكبرى فصار مدعي الكبرى متملكا
نصيب شريكه من الجرة والجارية جارية مشتركة ولا يضمن شيئا من
قيمة الكبرى لانه لما تملك الجرة من وقت العلوق كان الولد كله حرث
على ملكه هذا كله اذا كانت الجرة حية اوميتة فان كانت
الجرة قتلت قبل الدعوة واخذا قيمتها فبينهما نصفان ثم
ادعيا لم يضمنا من قيمة الجرة شيئا لانه لما وصل الى مدعي الصغرى قيمة نصيبه
من الجملة من القاتل هذا لا يضمن مدعي الكبرى قيمة نصيبه مرة اخرى لانه
لا يجوز قيمتها مرتين ولانه لو ضمن مدعي الكبرى للاخر نصف قيمة الجرة
يتملك نصف الجرة من وقت العلوق فيظهر ان القاتل قتل الجرة وهي كلها
ام ولد له وكان له ان يسترد من مدعي الصغرى ما اخذه من القاتل فلا يفيد
التضمين ويضمن مدعي الكبرى للاخر نصف عقر الجرة بالاقرار بالوطى ولا
يضمن من قيمة البنت شيئا عند ابي حنيفة وعندهما نصف القيمة
ام ولد ان كان موسرا بخلاف ما لو كانت الجرة ميتة والفرق لهما ان الجرة
متى كانت حية اوميتة فمدعي الكبرى ضمن قيمة امها فلا يضمن
شيئا من قيمة ولدها لانه دخل في ضمان الام ومتى كانت مقتولة

لا تضمن قيمة امها حتى يدخل الولد في ضمان الام ومدعي الصغرى لا ضمان
عليه والولد الاكبر للذي ادعاه ولا يضمن ام ولد الثاني ولو ولدت الجرة
ولدا لاقل من ستة اشهر والمسئلة بحالها بطلت دعوة الكبرى وصحت
دعوة الصغرى وامها ام ولده ويضمن نصف قيمة الكبرى لشريكه ونصف
عقرها وصارت ام ولده اما الدعوة فلان دعوة مدعي الصغرى دعوة استيلاد
لان علوق الصغرى كان في ملكهما ودعوة مدعي الكبرى دعوة تحرير
لان علوق الكبرى لم يكن في ملكهما متى جاءت به لاقل من ستة اشهر
ودعوة الاستيلاد مقدمة على دعوة التحرير واما الضمان فلما بينا
ومدعي الكبرى يضمن نصف قيمة الجرة لشريكه لانه اقر بضمان الاستيلاد
لمدعي الصغرى وضمان الاستيلاد لا يختلف باليسار والاعسار وصارت ام ولد
له ان كانت حية ولا يضمن ان كانت ميتة بخلاف ما لو ولدت الجرة لستة
اشهر والمسئلة بحالها صارت ام ولده حية كانت اوميتة والفرق
ان حق ام الولد انما يثبت تبعا لحق الولد لقوله عليه السلم في مارية القبطية
اعتقها ولدها ففي الاولى الدعوة في الولد دعوة استيلاد فيستند حرية
الولد الى وقت العلوق فيستند حق العتق للام ايضا الى تلك الحالة ووقت
العلوق كانت محلا لحقيقة العتق وكانت محلا لثبوت حق العتق ايضا
وفي الثانية الدعوة في الولد دعوة تحرير وفي دعوة التحرير يثبت العتق مقصورا
وقت الدعوة والميتة لم تكن بحالة **الزيادات** مسائله
على فصلين في اقرار احد الشريكين في عبد انه ابنه وابن شريكه والثاني في
اقرار احدهما في عبدين ان احدهما ابنه والاخر ابن شريكه ٥

فصل

اصله ان من اقر بنسب صغير لا يعبر عن نفسه لنفسه ولغيره نفذ اقراره
عليه لا على غيره لان الصغير اذا لم يعبر عن نفسه لم يفتقر صحة الدعوى الى تصديقه
وهو بالاقرار يحمل النسب على نفسه وعلى غيره فصح في حقه لا في حق
غيره لان له ولاية على نفسه دون غيره غلام صغير في يد رجلين قال
احدهما لصاحبه هو ابنك او ابني وابنك او ابنك وابني فقال صاحبه
صدقت وهو ابن المقر لان النسب ثبت من المقر اولا قبل تصديق
صاحبه لانه وجد نفاذا عليه لان اقراره بالنسب على نفسه نافذ وعلى
غيره لا ومتى نفذ منه بطل في حق صاحبه ضرورة لان النسب بعد ثبوته
من انسان على الكمال لا يحتمل الاشتراك والانتقال لان سببه انخلاق
الولد من مائه وانخلاق ولد واحد من ماءين لا يتصور كما لا يتصور
كما لا يتصور فرخ من بيضتين فمتى ثبت النسب من احدهما على الكمال
انتفى الاخر ضرورة بخلاف الولد الجارية المشتركة اذا ادعياه معا
لانه لم يثبت نسب احدهما بعد على الكمال ليمنع الثبوت من الاخر
بل يثبت النسب منهما معا في حق ثبوت الاحكام عليهما لا في حق
الانخلاق من مائهما حتى ان ثمه لو ادعياه متعاقبا يثبت النسب
من السابق لا يثبت من اللاحق ه ولو قال لصاحبه هو ابنك وسكت
ثم قال هو ابني معك فان قال صاحبه ابني كان ابنه دون المقر لانه لما
اقر به وسكت توقف اقراره على تصديق صاحبه وتعلق حق الغير به
وتعلق حق الغير به يمنع النفاذ في حقه بخلاف الاول لانه لم يتوقف اقراره
على تصديق صاحبه لانه وصل باخر كلامه ما يغير حكم اوله لان حكم

الكلام لا يتقرر الا بالسكوت عليه اذ لو ثبت حكمه قبل السكوت
لما تصور وصل بعض الكلام بالبعض ولا يمكنه تحصيل مقصوده
بالجملة ولهذا يصح الحاق الاستثناء والشرط بالكلام اما هنا توقف
كلامه على تصديق صاحبه لانه سكت عليه فتعلق حق الغير به
فمنع نفاذ الاقرار عليه ه وان كذبه لا يثبت نسبه من واحد في قياس
قول ابي حنيفة وعندهما يثبت من المقر لهما ان بتكذيب صاحبه
قد انتفى النسب منه من كل وجه فبقي غلام مجهول النسب فتصح دعوته
واقراره بالنسب من صاحبه نفاه عن نفسه ضمنا للاقرار لغيره لا صريحا
ولو صرح بالنفي يصح دعوة النسب بعده كولد الملاعن اذا كذب الملاعن
نفسه يصح ونسب النسب منه فهنا اولى له ان اقراره يتضمن شيئين
احدهما ثبوت النسب من صاحبه والثاني نفيه عن نفسه وثبوت النسب
من صاحبه ان توقف عليه فقد نفذ نفيه عليه في الحال وبتكذيب صاحبه
بطل ما توقف عليه ولا يبطل ما نفذ على المقر ومتى نفذ نفيه عليه لا
يثبت النسب الا باستيناف الدعوة وان قال ابنك دوني هو ابن المقر
قيل هذا قولهما لا قول ابي حنيفة لما بيناه ه وان قال صاحبه هو
ابني وابنك او قال ابنك وابني كان ابن المقر له لان التصديق متى وجد
يستند الى وقت الاقرار والاقرار بالنسب للشريك وجد سابقا فيلحق
التصديق به وان وجد لاحقا فيصير مقرا له بالنسب سابقا فيثبت النسب
منه اولا فينتفي عن المقر ضرورة ه وان كان الغلام كبيرا يعتبر قوله
لانه في يد نفسه ولهذا لو ادعى الحرية فالقول قوله لان الدار دار

الاحرار والحرية اصل في بني ادم وهو اذا احتمل نسب الحر على نفسه افتقر
ذلك الى تصديقه هو اذا المر يقر بالملك على نفسه وان اقر به فهو ابن
المقر لانه لما ثبت رقه صار هو والذي لا يعبر عن نفسه سواء ٥ جارية
بينهما فقال احدهما اعتقت انا وانت او قال انت وانا فصدقه كان الولا لهما
لان العتق يحتمل الاشتراك عند ابي حنيفة في حالة الاجتماع والانفراد
وعندهما في حالة الاجتماع فنفوذ العتق في نصيب المقر لا يمنع
توقف اقراره في نصيب شريكه على تصديقه متى انتظما في اقرار واحد
ولو قال هو ابني ولدي ولدك فصدقه كانت ام ولد لهما وان كذبه فنصفها
ام ولد المقر وضمن لشريكه نصف قيمتها وقد مر في المبسوط ٥

فصل جارية بين رجلين ولدت لستة اشهر فصاعدا ثم ولدت اخر بعد
لستة اشهر فصاعدا منذ ولدت الاول فقال احدهما الاصغر ابني والاكبر
ابن شريكي موصولا وصدقه شريكه فهي ام ولد له والاصغر ابنه
لان اقراره قد نفذ على نفسه وفي حق الاصغر لانه صادف ملكه والولد
علق حرا لان علوقه كان في ملكه واما الاكبر فهو كعبد بين شريكين
تصادقا انه ابن احدهما فيثبت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له
لانها لما صارت ام ولد لشريكه خرجت من ان يكون محلا للاستيلاد
وليس من ضرورة ثبوت نسبه الولد امومية الولد كما في ولد المغرور
واقرار مدعي الاصغر بكون الاكبر ابنا لشريكه لا يكون اقرارا بكون
الجارية ام ولد له لان اقراره في حق شريكه توقف على تصديقه وفي حق نفسه
وجد نفاذا عليه والموقوف لا يعارض النافذ فيثبت نسب الاصغر

منه ويثبت امومية الولد ضرورة ثبات النسب قبل نفاذ اقراره
لشريكه ٥ وان تبادا فقال الاكبر ابن شريكي والاصغر ابني فصدقه
شريكه كانت الجارية ام ولد المصدق لان تصديقه استند الى وقت اقرار
المقر فيصير كالمقترن به واقراره بكون الاكبر ابن شريكه كان سابقا
فنفذ سابقا فصارت الجارية ام ولد له سابقا كما صدق منه الاقرار له
مقارنا فخرجت من ان يكون محلا للاستيلاد في حق المقر ٥ وان كذبه شريكه
في الوجهين جميعا تصير الجارية ام ولد لمدعي الاصغر وعليه نصف قيمتها
ونصف عقرها لشريكه ويبقى الولد الاكبر كعبد بين اثنين شهد احدهما
على صاحبه انه اعتقه وانكر صاحبه لانه لما كذبه فقد نفى الولد عن نفسه
فلا يثبت نسب الاكبر منه فصار مدعي الاصغر شاهدا على شريكه
بالاعتاق وانكر شريكه ٥

باب دعوة المسلم والذمي ولدا واحدا المبسوط ٥

امة بين مسلم وذمي فعلقت ثم اسلم الذمي فادعياه ثبت نسبه منهما
لانهما استويا وقت الدعوة في شرف الاسلام ومنقبة الحرية والمساواة
انما تعتبر بوقت الدعوة لا وقت العلوق لان النسب يثبت بالدعوة ومن
ايهما ثبت نسبه يحكم باسلامه فيقضى بالنسب منهما ٥ امة بين مسلم
ومرتد فادعياه يثبت من المسلم لان فيه اثنان شرف الاسلام ومنقبة
الدين فاصله ان النسب انما يثبت حقا للصبي صونا وحفظا له عن الضياع
فمتى وقع التعارض في الدعوة يترجح ما فيه زيادة نفع ونظر وشرف للصبي ..
امة بين ذمي ومرتد فانه يثبت من المرتد وغرم كل واحد لصاحبه نصف

العتق لان الموثق اقرب الى الاسلام لان من العصب منه انفع واصلح
للولد ومن باع نصف امته من رجل فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر
فادعياه وهو ابن الذمي وبطل البيع لان دعوته سابقة معنى فيعتبر
كما لو كانت سابقة حقيقة ولو امة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر
وعبد فادعوا الولد فالحر المسلم اولى لان له شرف حريه ومنفعة اسلام
ومزيته مالكه وولايه فكان نسبه منه انفع وانظر للولد وكان اثباته
منه احق ثم الذمي لانه انفع للولد لان للذمي شرف حريه ومالكيه وبعضه
في حق الكفر لا يضره دينا ودنيا ما دام صبيا فاذا عقل امكنه
تحصيل شرف الاسلام فاما ثبوت الملك والرق فيه يضره لانه لا يمكنه
التخلص عنه لان اكتساب الحرية ليس بيده وروى الحسن عن ابي حنيفة
ان قول الذمي والمكاتب سواء لان لاحدهما شرف الحريه وللاخر شرف الاسلام
ونوع حريه وضرب مالكيه ايضا ثم المكاتب لان له حق الملك وحرية
اليد وانه اقرب الى حقيقة الحرية فيكون الولد على شرف الحرية ثم العبد المأذون
نص عليه في كتاب المأذون الاصل لان له نوع ملك في اكسابه وهو
ملك التصرف بطريق الاصالة لا بحكم النيابة لما عرف والمالك من وجه
لكن لسان النسب كما في المكاتب والعبد والمدبر لا يثبت النسب من واحد
منهما لانه ليس له ملك ولا شبهة ملك وعلى كل واحد العقر بحصته
الشركاء اقرارهم بوطئ جارية مشتركة صبي في يد ذمي اقام مسلم
بينة مسلمة او ذمية انه ابنه ولد على فراشه واقام الذمي بينة ذمية
على مثل هذا يقضى للمسلم وان كانت بينة الذمي مسلمة فقضي له دون

[illegible]

المسلم لان في الاول بينة المسلم حجة على الذمي وبينة الذمي ليست بحجة على
المسلم لانها كافرة وفي الثاني شهادة كل واحد منهما حجة على صاحبه
فاستويا في الحجة والدعوة وللذمي زيادة يد معنوية فترجحت بينته لان
اليد دليل على صدق مقالته وبينة المسلم لا ترجح باثبات الاسلام لان الاسلام
لا يثبت للصبي بحقيقة وانما يثبت في حقه احكام الاسلام بطريق التبعية
وان كان الصبي في يد ثالث او هو لقيط فالمسلم اولى لانهما استويا في الحجة
وبينة المسلم اوجبت اسلام الصبي والاخرى توجب كفره في حق الاحكام
وان لم يكن موجبه حقيقة الاسلام اباه فيجب القضا بكونه مسلما نظرا للصبي

باب دعوة الجماعة ولدا واحدا واقامة البينة منهم على النسب المبسوط

مسايله على فصلين احدهما في دعوى الجماعة والثاني في دعوى الخارج
وذو اليد **فصل** قال ابو حنيفة خارجان اقام كل واحد
البينة انه ابنه ولد على فراشه من امراته هذه جعل ابن الرجلين والمراتين
وقالا يجعل من الرجلين لا غير قال الحاكم ان عند ابي حنيفة النسب يثبت
من اكثر من ثلثة وقال محمد لا يثبت من اكثر من ثلثة وقال ابو يوسف لا يثبت
من اكثر من اثنين وقال الشافعي لا يثبت الا من واحد والقاضي يحكم
بقول القافة فبايهم الحقته القافة يثبت منه وفي قول يقرع القاضي بينهم
فيقضي بالولد لمن خرجت القرعة له والصحيح قولنا لما روي عن عمر وعلي
رضي الله عنهما انهما قالا في رجلين تنازعا نسب ولد واحد انه ابنهما
فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي

منهما ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك فحل محل الاجماع واجماع الصحابة
حجة بالاجماع ومخالفة الاجماع باطلة والعمل بقول عمر وعلي احق من
العمل بقول القافة او بالقرعة ولانه وجد سبب ثبات النسب في حقهما
وهو الفراش لان ايصال الماء الى الرحم وانخلاق الولد وانعلاقه منه امر
باطن متكتم فسقط اعتباره وتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو الفراش
ولهذا لا يسقط النسب فيما اذا علم انه لم يطاها قطعا حتى يترتب عليه احكام
النسب وهذا لان المقصود من النسب احكامه واحكامه قابلة للشركة
فان العبد الواحد يجوز ان يستحق النفقة على جماعة ويحرم النكاح على
جماعة ويرث من جماعة فحكمنا بالنسب منهم في حق هذه الاحكام
لا بانخلاق الولد من مائهم تصحيحا لكلامهم وتنزيها للمسلمين عن الابطال مع
انه يجوز ان يتخلق الولد الواحد من ماء الذكرين كما يجوز ان يتخلق من ماء الذكر
والانثى الا ترى ان الكلمة الواحدة تعلق من كلاب جمة فجاز ان تعلق
امراة واحدة من رجال جمة لجواز انه لا ينسد فم الرحم بوصول ماء احدهما
الا بعد مدة ثم يصل الماء الاخر اليها ولهذا الحامل تحيض عند الشافعي ٥
لابي يوسف ان القياس يابى ثبات النسب من اثنين لان سبب ثبات النسب
هو الفراش ولا يتصور لكل واحد فراش على امراة واحدة الا انا عرفنا ثبات
النسب من اثنين اجماعا معدولا عن القياس فيرد ما وراءهما الى ما يقتضيه
القياس ولمحمد ان ثبات النسب يعتمد الفراش وقد استووا في سبب
الفراش وهو الوطي مع الدعوة في ملك اليمين والوطي مع النكاح
الفاسد فيتصور اجتماع الفراشين او اكثر على امراة واحدة فيعتبر

الفراش ثابتا لكل واحد منهم الا انه لم يثبت النسب من اكثر من ثلثة
لان ذلك يؤدي الى ان ينتسب من اهل الدنيا كلهم واجتماع اهل الدنيا على
امراة واحدة لا يتصور ومن جماعة قليلة يتصور فجعلنا الثلاث
قليلا لانه اقل جمع متفق لابي حنيفة ان سبب ثبوت الفراش منصوص
من جماعة كثيرة لما بينا فكان ثبوت الفراش في حق جماعة كبيرة
منصوصا فاذا وجد السبب من كل واحد كملا وجب ان يترتب عليه
احكامه في حق كل واحد شرعا كما في النتاج فان الجماعة اذا ادعوا
نتاج دابة واحدة من دواب كثيرة لكن لما وجد السبب في حق كل واحد
منهم كملا وجب العمل به حكما ولو ادعى امراتان او ثلثة ولدا يثبت
النسب منهما عند ابي حنيفة وعندهما لا يثبت منهما لان العلوق بالنسب
من امراتين متعذر ممتنع غير متصور لان سببهما في جانبها الولادة
ولا يتصور ولادة شخص واحد من امراتين لابي حنيفة ان المقصود
من النسب احكامه واحكامه تترتب على الدعوة لا على حقيقة الولادة
لانها خفية مستترة واحكامه قابلة للشركة فاثبتنا احكامه
عليهما على الشركة كما في النتاج فان القضاء بالملك للجماعة وان
كان لا يتصور نتاج دابة واحدة من دابتين الا ان الملك قابل للشركة
فقضينا بينهم على الشركة اذا وجد القاضي محلا يطلق لهما اداء الشهادة
بان عاين احد الفريقين الولادة وعاين الاخر ابتاع الولد وارتضاعه
من الاخرى ولو وقتاه ووافق احدهما مخالف لسنه يقضي للاخر لانا
تيقنا بكذب الاخر متى خالف سنه وقته وان كان مشكلا في احدهما

واقاموا البينة عند الحاكم واحد منهم في الدابة وان كان لا يتصور نتاج دابة واحدة م

مع الفا الاخر قضيت به للمشكل لانا لم نتيقن بكذب بينته وتيقنا بكذب
بينة الاخر ٥ مشكل في احدهما واضح في الاخر تقضى للواضح ٥
مشكل فيهما تقضى بينهما لانا لم نتيقن بكذب احدهما اي البينتين
لما احتمل ان يكون موافقا لكل واحد من الوقتين فسقط حكم التاريخ
اذا اشكل السن فصار كما لو اطلقوا البينة ولم يذكر بعد هذا في رواية
ابي سليمان تقضى للاول عند ابي حنيفة لانه لما اشكل السن لم يصلح شرعا
فبقي ذكر التاريخ فاندفع الثاني بالاول وعندهما تقضى بينهما ولم
يذكر خلافا في رواية ابي حفص وهو الصحيح ٥

باب دعوى الولد بعد العتق المبسوط

واذا اعتق عبدا صغيرا ثم ادعى انه ابنه فهو ابنه ولا عتق له لانه في
يده ويحجب ولايته فصحت دعوته وان كان كبيرا لا يصح الا بتصديقه
لانه في يد نفسه وانقطعت يد المولى وولايته عنه ٥ عبد صغير بين
رجلين اعتقه احدهما ثم ادعاه الاخر فهو ابنه عند ابي حنيفة سواء
ولد عندهما او لا ويضمن ولايه للاخر وقالا لا تصح دعوته لان عند ابي
حنيفة العتق يتجزى فبقي نصيب الذي لم يعتق رقيقا فيصح دعوة المولى
فيه وعندهما لا يتجزى وعتق كله فاذا ادعاه الاخر ولا ملك له
فيه لم يثبت النسب الا بتصديق الصغير ان صدقه الصغير ثبت النسب
وان كذبه لا يثبت كما في اللقيط المجهول النسب اذا كان يعبر عن
نفسه ٥ رجل اعتق امته فتزوجت زوجا فجاءت بولد لاقل من ستة
اشهر منذ تزوجها الزوج وادعاه الزوج والسيد فانهما صدقته

فهو ابنه لان علمي قد احاط بان الولد كان قبل المتزوج وان صدقت
الزوج وادعى نكاحا فاسدا او وطيا بشبهة لزمه وكذلك السيد
لم ترتفع دعوته الا بتصديقها لانه لا عدة له عليها ويده قاصرة عنها
فان ماتت الام والولد في يد الزوج ثم ادعياه فهو ابن السيد
لانه في يده ويحجب ولايته بحكم ولايته لان ولاءه له وهو احق به من غيره
ولا شيء بينه وبين الزوج ٥

باب دعوة الزوجان الولد المبسوط

زوجان رقيقان في يدهما صبي يقيمان البينة انه ابنهما واقام حر ذمي
او مسلم البينة انه ابنه من امراته الحرة بعينه قضى للحر لان بينة الحر تثبت
زيادة الحرية للولد ولانه يثبت نسبا بجميع احكامه وبينة العبد
لا تثبت نسبا بجميع احكامه وكانت بينة الحر اولى والاسلام انما
يعتبر للترجيح بعدما استوت البينتان في الاثبات فاذا لم يستويا
لا يعتبر الاسلام مرجحا مع ان بينة الاسلام لا توجب اسلام الصبي حقيقة
بل توجب احكام الاسلام لما بينا ٥ صبي في يد زوجين اقام
الرجل البينة انه ابنه من غيرها واقامت المراة البينة انه ابنها من غيره
فهو ابنهما لان الولد لما كان في ايديهما كان الظاهر انه منهما فكل
واحد منهما قصد ابطال حق صاحبه والاقرار كمكتوب في يد اثنين
زعم كل واحد منهما ان الثوب بيني وبين فلان لم يصدق واحد
منهما في ابطال حق صاحبه ويكون بينهما فكذا هذا الا ان
نصيب المقر له لم يدخل في نصيب المقر ٥ وان كان في يد احدهما فالقول

له لما عرف ٥ ولو ادعت المرأة انه ابنها منه فلا يخلو اما ان صدقها
الزوج او كذبها فان صدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة على
الولادة لان الزوج قد التزم ما قصدت الزامه فلا حاجة الى الاثبات
بحجة وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة
لانها بهذه الدعوة قصدت الزام نسب الولد على زوجها وسبب ثبوت
النسب قائم وهو الفراش لكن الحاجة الى اثبات الولادة وتعيين الولد وفي
اثبات الولادة وتعيين الولد الزام عليه فلا بد من اثباتها بحجة وحجة اثباتها
شهادة القابلة وان كانت المرأة معتدة لا منكوحة وادعت النسب
على الرجل تحتاج الى حجة تامة عند ابي حنيفة ٥ ولو قال الملتقط هو
ابني من زوجتي هذه وهي حرة او امة فصدقته فهو ابنهما وان كانت
الزوجة امة كان الولد مملوكا لمولى الامة عند ابي يوسف وعند محمد
يكون حرا لمحمد ان حرية اللقيط ثابتة بظاهر الحال وانما صححنا الدعوة
لما انه تقع بالولد وهو الحرية وابو يوسف يقول انا لما حكمنا بثبات
النسب من الامة كان من ضرورته ان يكون الولد رقيقا والشيء قد يثبت
ضمنا وضرورة وان كان لا يثبت قصدا ٥ ولو ادعت امرأة اللقيط انه ابنها
لم تصدق حتى تقيم بينة انه ابنها او ابنه ولا تثبت الولادة في حق الميراث
والطلاق الا بشهادة مثاهرين اذا لم يكن حمل ظاهر او اقرار من
الزوج به او فراش قائم عند ابي حنيفة وعندهما تقبل
شهادة امرأة ثقة لانها تقبل حال قيام الفراش ضرورة انه مما
لا يطلع عليه الرجال فكذلك في غيره لابي حنيفة ان الاصل في

شهادة القابلة وحدها ان لا يكون حجة وانما جعلناها حجة على
الولادة ضرورة انه لا يطلع عليها الرجال فيعتبر حجة في حق حكم لا ينفك
الفصل عن الولادة والنسب والطلاق ينفك لان الفصل عن الولادة
في الجملة فلم تثبت الولادة في حقهما كمن اشترى لحما فشهد مسلم
عدل انه ذبيحة مجوسي تقبل شهادته في حق حرمة التناول دون الرجوع
على البائع لان الحرمة لما كانت تنفك عن نجس الذابح في الجملة لم يظهر
نجس الذابح في حقه فكذا هذا ٥ ولو اقر الزوج بالحبل او كان الحبل ظاهرا
او الفراش قائما ثبت الولادة بقول القابلة لانه ثبت النسب قبل الولادة
لقيام الفراش ثم وقعت الحاجة الى تعيين الولد لان الخصم يقول لعله هلك
فخرج ميتا او مات بعد الخروج فلم يكن بد من تعيينه بشهادة القابلة وقول
القابلة لانه تثبت حجيته في اثبات الولادة وتعيين الولد وقال زفر ليس
بحجة لانه اشترط الشهادة بمنزلة رجل واحد فيما يطلع عليه الرجال
وقال الشافعي لا تقبل الا شهادة اربع نسوة وقال مالك لا تقبل الا شهادة
امرأتين والصحيح قولنا لما روى حذيفة بن اليمان ان النبي عليه السلام
اجاز شهادة القابلة في الولادة والقابلة اسم للواحدة ولانه لو لم تقبل
شهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال لضاعت الحقوق المتعلقة
به لان الرجال لا يحضرونها شرعا وعرفا ولا يحيطون لهم به علما فجعلت
شهادتهن حجة ضرورة احياء الحقوق وبعد ما صارت الشهادة حجة
القياس ان تكون شهادة الواحدة حجة تامة لانها عادلة صادقة مغلبة
للظن مطهرة للحق ظاهرا لكنها جعلت شطر الشهادة فيما يطلع

عليه الرجال نصا الا في اشيآء وان اقر الزوج بالحبل تقبل قول المراة عند
ابي حنيفة وعندهما لا تقبل ما لم تشهد القابلة والخلاف لا يظهر
الا فيما اذا علق طلاقها بالولادة ثم اقر بوجود الحبل فادعت المراة
الولادة وكذبها الزوج وقع الطلاق بقولها عنده وعندهما لا يقع
حتى تشهد القابلة لانه حكم متعلق بالولادة فلا يثبت عند المزاحمة
والمنازعة بغير حجة كما في حق النسب لابي حنيفة انه لما اقر بالحبل
فقد اقر بما يفضي الى الولادة لا محالة لان الحبل لا ينفك عن الولادة
والمراة موتمنة في الاخبار بالانفصال عما في رحمها فيقبل قولها
بخلاف ثبات النسب لان الاقرار بالحبل ليس باقرار بولادة هذا
الولد بعينه لان الحبل ينفك عن ولادة هذا الولد بعينه فلا يثبت الا ببينة

المنتقى صبي في يد رجل وامراة ادعت المراة انه ابنها وادعى
الرجل انه ابنه من غيرها فهو ابن الرجل دون المراة لانهما تصادقا على
كونه ابنا له وتنازعا في كونه ابنا لها فيثبت وكانت زوجته بعد
الشهادة لاني جعلته ابنا لانها ولدت على فراش الرجل فيثبت
النسب منهما ومن ضرورة ثبوت نسبه منهما ثبوت الزوجية بينهما
ولو كان الصبي في يدي الرجل وحده والمراة امراته والمسئلة بحالها
فاقامت المراة امراة تشهد لها على الولادة فانه لا يكون ابنهما منه
ويكون ابن الرجل لان الصبي في يده فكان القول قوله ٥

باب المعتدة متى يلحق نسب ولدها

المبسوط اقل مدة الحمل ستة اشهر لما روي ان امراة ولدت لستة

اشهر منذ تزوجها فاتي بها الى عثمن رضي الله عنه فهم عثمن ان يرجمها
فقال ابن عباس اما ان هذه لو حاجتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله
تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال في موضع اخر وفصاله في عامين
فاذا وقع عامين للفصال من ثلثين شهرا بقي للحمل ستة اشهر فلم يرجمها
عثمن واكثر مدة الحمل سنتان لقول عايشة رضي الله عنها لا يبقى
الولد في بطن امه اكثر من سنتين ولو بظل مغزل اي بقدر ظل مغزل
حالة الدوران وهذا لا يعرف الا سماعا وتوقيفا فصار كالمرفوع الى
النبي عليه السلم وقال الشافعي اكثره اربع سنين وهذا مخالف للاجماع
والاثر فان الاجماع والاثر ورد في حق سنتين لا فيما زاد على ذلك
المطلقة اذا جات بولد فلا يخلو اما ان كانت مبانة او مطلقة رجعية
او ايسة او صغيرة وان كانت مبانة وقد ولدت لسنتين من يوم الفراق
يثبت النسب من زوجها لاحتمال ان علوق هذا الولد كان قبل الطلاق
لان الولد يبقى في البطن سنتين فلم يتيقن بزوال الفراش فلم نحكم بزوال
بالشك فلم ينقطع النسب عنه بالشك ٥ وان ولدت لاكثر من سنتين
لم يثبت النسب اذا انكر الزوج لانا تيقنا ان علوقه لم يكن في فراشه
الاول وانما حصل في فراش حادث وقد وقع الشك في كون الفراش
الحادث لهذا الزوج او لغيره فوقع الشك في ثبوت النسب منه فلا
يثبت بالشك ويرد نفقة ستة اشهر عندهما وعند ابي يوسف لا يرد
بناء على ان العدة تنقضي بالولادة عنده وعندهما تنقضي بالاقراء قبل ذلك
بستة اشهر له ان العدة تنقضي اما بالاقراء او بوضع الحمل ولم يوجد

الا في الانثى اما اقرت بها فيقضي بوضع الحمل لمكان العلوق احتمل
ان يكون من نكاح جايز بان تزوجت بعد انقضاء عدتها واحتمل
ان يكون من نكاح فاسد بان تزوجت في العدة فيجعل من نكاح جايز
حملا لامرها وحال الولد على الصلاح والسداد وان كانت هي منكرة
للنكاح ولكن انكارها لا يعتبر في حق الولد حملا لحاله على الصلاح
وان كانت مطلقة رجعية فولدت بولد لسنتين ولم تقر بانقضاء
العدة يثبت النسب ولا يصير الزوج مراجعا لاحتمال العلوق بوطي
قبل الطلاق فوقع الشك في ثبوت الرجعة فلا تثبت بالشك
وان ولد لاكثر من سنتين ثبت النسب وصار مراجعا لجواز ان
يكون امتد طهرها فوطيها في اخر الطهر فعلقت به وصار مراجعا
لانا تيقنا انه من علوق حادث بعد الطلاق ولكنه احتمل انه من الزوج
في العدة فيصير مراجعا وبقي الفراش واحتمل انه من غيره بنكاح صحيح
بعد انقضاء العدة وزوال الفراش فقد وقع الشك في زوال الفراش وانقطاعه
فلم ينقطع بالشك ولو اقرت المطلقة الرجعية بانقضاء العدة فولدت
بعد الاقرار لاقل من ستة اشهر يثبت النسب لانا تيقنا انها حين
اقرت كانت حاملا لان هذه مدة لا يتصور في مثلها الحبل فيظهر
انها اقرت كاذبة ٥ وان ولدت لستة اشهر او اكثر لا يثبت النسب
وقال الشافعي يثبت من الزوج والصحيح قولنا لانها امينة
في الاخبار عما في رحمها وقولها حجة شرعا الا اذا تيقنا بكذبها
وهنا لم نتيقن بكذبها لجواز انها تزوجت بعد الاقرار بانقضاء العدة
عن ستة اشهر

فخرجت من ذلك ولا يقبل قولها بالانقضاء في ابطال حقها وان كان فيه
تضييع نسب الولد لان قول الامين حجة في الشرع وان تضمن ابطال
حق الغير ولهذا يبطل به حق الزوج في الرجعة ٥ ولو طلقها قبل
الدخول والخلوة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر يثبت النسب لانا
تيقنا ان العلوق حصل لا في فراشه كما في المعتدة اذا اقرت بانقضاء العدة
ثم جاءت بولد وان كانت المطلقة ايسة فاقرت بانقضاء العدة بالشهور
او لم تقر ثم جاءت بولد لسنتين من يوم الفراق ثبت النسب لانه لما بطل
الياس بالحبل لان الايسة لا تحبل ظهر ان انقضاء عدتها بوضع الحبل
لا بالاشهر وانها غلطت في اخبارها فصار خبرها بالانقضاء وعدمه
بمنزلة ٥ وان اقرت بالانقضاء مطلقا في مدة تصلح لثلثة اقراء فان ولدت
لاقل من ستة اشهر منذ اقرت ثبت النسب والا فلا لانه لما بطل الياس
فمطلق اقرارها بالانقضاء يحمل على الاقرار بالانقضاء بالاقراء فلم
يتيقن بكذب خبرها ٥ وان كانت صغيرة فاقرت بانقضاء العدة بالشهور
ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ اقرت ثبت النسب لانا تيقنا
بكذب خبرها وان كان لاكثر لا يثبت كما في البالغة وان لم تقر
بانقضاء العدة فجاءت بولد لتمام تسعة اشهر لم يثبت النسب عندهما
وان جاءت لاقل يثبت وقال ابو يوسف ان كانت مبتوتة يثبت الى سنتين
وان كانت مطلقة رجعية يثبت النسب ان جاءت لاقل من تسعة
وعشرين شهرا وان جاءت لاكثر لا يثبت له ان هذه معتدة
يحتمل ان تكون حاملا وهي لا تشعر به فيثبت نسب ولدها الى سنتين

ان كانت مسوية كالبالغة وفي الرجعية يثبت لاقل من سبعة
وعشرين لانا نحكم بكون العلوق في العدة وصار به مراجعا
لهما ان نكاح الصغيرة لم ينعقد سببا لثبات النسب لانه لا
مآلها كنكاح الصغير ووقع الشك في صيرورته سببا ان حصل
البلوغ قبل مضي ثلثة اشهر صار سببا وان حصل بعد مضيها لا
يصير سببا فلا ينعقد سببا بالشك وقيام العدة حالة البلوغ ثابت
باستصحاب الحال لا بدليل موجب لبقائه والثابت باستصحاب الحال
يصلح حجة لابقاء ما كان ثابتا لا لاثبات امر لم يكن فلا يثبت كون نكاح
الصغيرة سببا لثبات النسب لقيام العدة الثابتة باستصحاب
الحال ه واذا ادعت انها حامل قبل ثلثة اشهر يثبت نسب ولدها
ما بينها وبين اقل من سبعة وعشرين شهرا في قولهم لانها لما اقرت
بالحبل فقد اقرت ببلوغها فصار حكمها وحكم الكبيرة سوا ه
معتدة تزوجت باخر ودخل بها وفرق بينهما فجاءت بولد يجوز ان يكون
منهما فهو من الاول حملا لحال الولد على الصلاح وصونا للاصل
عن الفساد قيل هو قول ابي حنيفة وعندهما يثبت النسب
من الثاني وقاسوا على مسئلة البغي والصحيح هو الوفاق وان لم
يتصور من الاول فهو من الثاني لانها متى جاءت بولد لاكثر من سنتين
منذ طلقها الاول لا يثبت النسب من الاول فهو لتعين تكونه من
الثاني ه وان لم يتصور منهما لا يجعل منهما فان جاءت بولد لاكثر
من سنتين منذ طلقها الاول ولاقل من ستة اشهر منذ دخل بها

الثاني ه وحكم ام الولد اذا جاءت بولد لسنتين او اكثر كحكم الحرة ه
والكبيرة المعتدة عن وفاة يثبت نسب ولدها الى سنتين وقال
زفر لا يثبت اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة او لستة اشهر
لان مضي الاشهر متعين لانقضاء عدتها فاذا مضت يحكم بانقضائها
ويحمل الحبل على امر حادث لنا ان نكاح البالغة انعقد سببا لثبات
النسب ووقع الشك في زواله ان حدث العلوق في النكاح السابق
بقي سببا وان حدث في نكاح لاحق بعد انقضاء العدة لا يبقى سببا
فلا يخرج عن كونه سببا بالشك ه والصغيرة المعتدة عن وفاة
جاءت بولد بعد انقضاء عدة الوفاة لاقل من ستة اشهر يثبت النسب
لانه ظهر ان حدوث الحبل كان في العدة والعدة لا تنقضي مع وجود
الحبل ه **الفتاوى** رجل تزوج بامراة نكاحا فاسدا
فجاءت بولد لستة اشهر يثبت النسب لان النكاح الفاسد سبب
لثبات النسب كالصحيح ويعتبر المدة عندهما من وقت النكاح
وعند محمد يعتبر من وقت الدخول الى ستة اشهر وعليه الفتوى
هكذا اختاره مشايخنا لان النكاح الصحيح انما قام مقام الوطي
في حق ثبات النسب لانه داع اليه شرعا والنكاح الفاسد ليس بداعي
اليه شرعا بل هو مانع عنه فلا يقام مقامه ه رجل زنى بامراة فحبلت
منه فلما استبان حملها تزوجها الزاني بها فولدت بعد النكاح
لستة اشهر فصاعدا يثبت النسب منه ويرث منه لانها
جاءت في مدة حمل تام عقيب نكاح صحيح فان ولدت لاقل من ستة اشهر

لا يثبت النسب منه لانها جات في مدة حمل لانا تيقنا بان العلوق حصل لا في فراشه ٥ رجل تزوج امراة فجات بسقط قد استبان خلقه لاربعة اشهر خلا النكاح وان جات لاقل من ذلك لم يجز لان خلقه لا يستبين الا في مائة وعشرين يوما اربعين نطفة واربعين علقة واربعين مضغة ثم ينفخ فيه الروح فمتى تمت هذه المدة تبين ان الولد من الزوج الثاني وان لم تتم فمن الزوج الاول ذكر ابن سماعة في نوادره عن ابي يوسف ومحمد ام ولد قبلت ابن سيدها فاعتقها مولاها فجات بولد لم يلزم السيد الا ان تجي به لاقل من ستة اشهر منذ حرمت على سيدها لان الفراش زال في حقها بالتحريم المؤبد وانما وجب عليها ثلث حيض لا بحكم الفراش منذ حرمت فما بعد العتق اولاه

باب نفي الرجل الولد من زوجته او ادعاه المبسوط

مسايله على خمسه اوجه رجل تحته امة منكوحة فجات بولد فنفاه الزوج او ادعاه او اعتقها مولاها او اشتراها الزوج فاعتقها او اشتراها ثم باعها ثم جات بولد وفي كل وجه اما ان نفاه الزوج او ادعاه اما الاول ان جات بولد لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح فادعاه لا يصح الا بتصديق المولى لان علوق هذا الولد لم يكن في نكاحه وانما كان في ملك المولى فيحتاج الى تصديقه كما قبل النكاح وان جات به لستة اشهر من وقت النكاح يلزمه الولد ولا يصح نفيه لانه ولد النكاح وولد النكاح ثابت النسب منه ولا ينقطع نسبه الا باللعان ولا لعان بين رقيقة وحر ولا يلزمه الحد لان المقذوفة ليست بمحصنة واما الثاني لو اعتقها مولاها ثم جات بولد فان

جات به لاقل من ستة اشهر من وقت العتق فادعاه الزوج يثبت نسبه منه وان اختارت الامة نفسها حتى بانت لان النكاح وان كان منقطعا وقت الدعوة كان قايما وقت العلوق وانه كاف لثبات النسب ٥ وان نفاه فان اختارت زوجها لا ينقطع النسب ويلاعن لقطع النكاح لا لقطع النسب لانه ولد النكاح وولد النكاح لا ينقطع نسبه الا باللعان وقد تعذر القطع باللعان لانهما وقت العلوق لم يكونا من اهل اللعان فيلاعن لقطع النكاح لانه قايم وقت اللعان وهما من اهله كمن نفى ولد امراته بعدما اقر به فانهما يتلاعنان لقطع النكاح لا لقطع النسب وان اختارت الفرقة بعد النفي فلا لعان ولا حد لان من شرط اقامة اللعان قيام الزوجية وهي قايمة وهذا القذف العقد موجب اللعان بوقوع الفرقة بينهما فلا يصير موجبا للحد وان جات به لستة اشهر فصاعدا من وقت العتق ان ادعاه ثبت النسب لما بينا وان نفاه واختارت المراة زوجها يلاعن بينهما وينقطع النسب لان الزوجية قايمة وقت اللعان وهما من اهله وان اختارت الفرقة فلا لعان ولا حد لانقطاع الزوجية باختيارها نفسها ٥ واما الثالث لو اشتراها الزوج فجات بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الشرا فنفاه لا يصح نفيه ويلزمه الولد لانه ظهر ان الولد علق حال قيام النكاح فلا ينتفي الا باللعان ولا وجه الى اللعان لان الزوجية انقطعت بالشرا وان جات به لستة اشهر فصاعدا فنفاه ينتفي بمجرد النفي لان هذا الولد يجعل حادثا بالعلاق وجد بعد الشرا لان الوطي حلال له بملك اليمين فيحال بالعلوق الى اقرب الاوقات وهو ما

بعد الشرا لان الاصل في الحوادث ان يحكم بحدوثها لاقرب ما ظهر منها
وهذه امته ولدت فلا يلزمه الا ان يقربه وله ان ينفيه والمعتدة بالطلاق
البائن اذا جاءت بالولد لستة اشهر من وقت الطلاق يثبت النسب لان الوطي
حرام فيجعل الولد حادثا من اعلاق قبل وقوع الفرقة وهو حال قيام النكاح
ليكون العلوق من وطي حلال فيكون ولد النكاح لا ولد السفاح فيثبت
النسب من غير دعوة وهنا الوطي حلال فلا حاجة الى ان يجعل هذا الولد
حاصلا من اعلاق قبل وقوع الفرقة فيجعل من اعلاق بعد وقوع الفرقة
وهو ما بعد الشرا ه واما الرابع لو اعتقها بعد الشرا وكان دخل
بها في النكاح فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت العتق يلزمه
ولا ينتفي بنفيه وان نفاه فعليه الحد لانه ولد النكاح بيقين وان جاءت
به لستة اشهر فصاعدا الى سنتين من وقت الشرا قال محمد يلزمه وان نفاه
فعليه الحد وقال ابو يوسف لا يلزمه ما لم يدعه وان ادعاه لزمه
وان كذبته المراة لمحمد ان هذه معتدة ووطيها حرام عليه
لان الوطي حرام بعد الشرا والعتق فوجب ان يجعل الولد حادثا من وطي
حاصل قبل الشرا حملا لفعله على الحلال والصلاح والسداد كالمطلقة
المبتوتة ويحد له ان نفاه لانه قذفها بالزنا حال قيام النكاح ولكن
قذفها في الحال وهي حرة ولا وجه الى ايجاب اللعان لانقطاع الزوجية
فيجب الحد لابي يوسف ان الوطي حلال له بعد الشرا قبل العتق بملك اليمين
فاحتمل ان يكون الولد حادثا من اعلاق قبل الشرا واحتمل ان يكون
من اعلاق بعد الشرا فان كان حادثا من اعلاق قبل الشرا يلزمه الولد من

غير دعوة وان كان من اعلاق بعد الشرا قبل العتق لا يلزمه فوقع
الشك في لزومه فلا يلزمه ولان هذا منتفي لانه اقل واقرب الا
وقات فيجعل من اعلاق حاصل بعد الشرا قبل العتق فيكون ولد امته
فلا يلزمه ه وان كان لم يدخل بها فجاءت به لاقل من ستة اشهر بعد الشرا
وهو ابنه ويضرب الحد ان نفاه لانه ولد النكاح بيقين لان العلوق كان
في حال النكاح بيقين ونسب ولد النكاح لا ينتفي الا باللعان واقامة
اللعان متعذر لانقطاع الزوجية فيحد لان المقذوفة محصنة اجنبية
من القاذف وقت القذف وان جاءت به لاكثر لا يلزمه وان نفاه لا يضرب
الحد لانه ولد الامة لان حصول الولد مضاف الى اعلاق بعد الشرا لانه اقرب
الاوقات لما بينا فاما الخامس لو باعها حين اشتراها وقد دخل
بها في النكاح فجاءت به لاقل من ستة اشهر منذ اشتراها لزمه الولد
ونقض البيع والجارية ام ولده لانه ظهر ان العلوق كان في النكاح فيكون
ولد النكاح فيظهر انه باع ام ولده وبيع ام الولد باطل وان جاءت به
لاكثر من ستة اشهر ولم تقر بانقضاء العدة لم يلزمه الا اذا ادعاه واذا
ادعاه نقض البيع لان الوطي كان حلالا في هذه العدة فلا يجعل هذا
الولد من علوق حال قيام النكاح ولكن لا يجعل من المشتري الثاني لان الوطي
حرام عليه لكونها معتدة البايع فصحت دعوة البايع ونقض الجارية
ام ولد له فنقض البيع وعند ابي يوسف اذا ان جاءت به لاكثر لم يلزمه
وان ادعاه ولم ينقض البيع لان هذا ولد الامة لان العلوق حال الى ملك اليمين
على ما بينا وكانت هذه وسائر ما بينه سوا وقد جاءت بالولد بعد بيع

الزوج لستة اشهر فلا يصح دعوة البائع الا بتصديق المشتري ولو
كان المشتري الاخر قد اعتق الولد ثم ادعاه المشتري الاول فان
جاءت به لستة اشهر فصاعدا بعد الشرا الاول لم يثبت نسبه منه لانه لم يظهر
ان علوقه كان في حالة النكاح حتى يكون ثابت النسب منه فلو ثبت النسب
ثبت الآن بالدعوة وهو لا تقبل الدعوة لنفوذ العتق فيه فلا يصح فان جاءت
به لاقل من ستة اشهر تصح دعوته ويبطل البيع وينتقض العتق
وكذلك لو اعتق المشتري الاخر الام مع الولد بطل البيع والعتق فيهما لانه
ظهر ان علوق هذا الولد كان في النكاح فيكون ولد النكاح ثابت النسب
منه وامه صارت ام ولد له حين اشتراها ومن نفى ولده ثم مات الولد قبل اللعان
لا يلاعن وكذلك لو مات احدهما قبل التفريق القاضي بعد التلاعن لانه نفي
قطع نسب الميت لانه نفي في حق الاحكام ولا تجري الاحكام بعد الموت
فلا يمكن النفي والقطع لانه متى تعذر نفي الاحكام تعذر نفي النسب ومن نفى
ولده ولاعن فمات الولد وترك ابن ابن او بنت ابن فادعاه لا يصدق عند
ابي حنيفة وعندهما يصدق كما لو ترك ابن الابن او بنت الابن لهما ان
ولد البنت اهل لاحكام النسب ويحتاج الى اثبات النسب اما للشرف والتجمل
والتفاخر بالانتساب او لاستجلاب النفع والاستحقاق من حيث الارث
والنفقة ونسبه ثبت من جانب الام كما ثبت من جانب الاب الا ان النسبة مطلقا
للتعريف والتشهير يكون الى الابا والنسبة للتوفيق والتشفيق يكون
الى الابا والامهات جميعا وله ان النسبة مطلقا الى الابا لا الى الامهات
قال الله تعالى ادعوهم لابائهم ولان النسب انما شرع للشرف والتجمل والتعريف

والتشهير وذلك كله يحصل بالانتساب الى الاباء دون الامهات
وكانت الام في النسب تبعا والاب اصلا فلا يكون دعوى نسب الام دعوى
نسب الحمل لا النقل المنوع يبقى ولده نفي ابنته ولزمه امها فاراد ابن
الملاعن ان يتزوجها ليس له ذلك لان النسب قائم في حق حرمة المناكحة
لان هذه ولده حكما لقوله عليه السلام الولد للفراش الا انه قطعت عنه
النسبة اليه شرعا في حق احكام هو حقه وهو الميراث والنفقة وبقي
ثابتا شرعا في حق حرمة المناكحة ووضع الزكوة وقبول الشهادة احتياطا
لامر الحرمة ولهذا لا يصح دعوة غيره كولد الزنا فقطعت عنه النسبة
شرعا في حق النفقة والميراث وبقيت النسبة في حق حرمة المناكحة وغيرها
ولدت المطلقة رجعيا لاقل من سنتين بيوم ولم تقر بانقضاء العدة فنفاه
الرجل ثم ولدت اخر بعده بسنتين فهما ابناه ولا حد ولا لعان عندهما
وقال محمد هذه رجعة ويسال عن الولد الثاني ان نفاه لاعن وينتفي النسبان
محمد جعل الولد الاول تبعا للثاني وهما جعلا الولد الثاني تبعا للاول
لمحمد ان علوق الثاني متيقن انه كان بعد الطلاق لان الولد لا يبقى في البطن
لاكثر من سنتين وعلوق الاول مشكوك فيه يحتمل ان يكون قبل الطلاق
ويحتمل ان يكون بعده ولا يمكن ان يعتبر حكم كل واحد منهما على حدة
لانهما توامان خلقا من ماء واحد وعلقا في ساعة واحدة وكان جعل
المشكوك تابعا للمتيقن اولى واذا صار الاول تبعا للثاني يجعل كانهما
حدث العلوق حادث بعد الطلاق فيظهر ان الزوج صار مراجعا لها وانها
منكوحته لهما ان جعل اللاحق تبعا للسابق اولى من جعل السابق تبعا

للاحق لان السبق يصلح للترجيح في حق الاحكام وعلوق الثاني مشكوك
فيه ايضا انه كان قبل الطلاق ام بعده كالاول لانه ان علوقه كان قبل
الطلاق الا انه بقي في البطن لاكثر من سنتين لتعسر الولادة لان خروجهما
معا لا يتصور والولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين بدليل محتمل وهو غالب
الرأي والظن لا يبقى غير مستعمل فيجوز العمل بخلافه اذا جاء دليل ضروري
فاذا استويا في كون علوق كل واحد منهما مشكوكا فيه كان جعل اللاحق
تبعا للسابق اولى ولو ولدتهما لاكثر من سنتين والمسئلة بحالها
سئل عن الولد الثاني فان نفاه لاعنها بهما ولزما الام وان اقر به لزماه
وحد لانه ظهر ان الولدان حصلا على علوق حادث لان الولد لا يبقى في البطن
اكثر من سنتين فحصل علوقهما من وطئ وجد بعد الطلاق فصار
الزوج مراجعا لها فولادة الثاني حصلت بعد الرجعة فيكون النكاح
قائما فيلاعن بينهما لقطع النكاح وقطع نسبهما يكون موقوفا
على نفي الثاني فان نفاه قطع والا فلا لان نفي الاول لا يكون نفيا للثاني ونفي
الثاني ثابت النسب وثبات نسب احدهما يوجب ثبات نسب الاخر ضرورة
ولو كان الطلاق بائنا فان جاءت بالولد لاكثر من سنتين لا يلزمه الولدان
ولا حد ولا لعان لانه ظهر ان الولدان حصلا عن علوق حادث لا من
الزوج ولا لعان ولا حد لان في حجرها ولد لم يثبت نسبه من احد وهو من
علامات الزنا وكانت في صورة الزانيات فقذفها لا يوجب شيئا وان
جاءت باحدهما لاقل من سنتين فنفاه يلزمه الولدان لما بينا وعليه
الحد عندهما لانهما يجعلان الثاني تبعا للاول فكانهما جاءت بهما لاقل

من سنتين وعند محمد لا يلزمه الولدان ولا حد عليه لانه يجعل الاول
تبعا للثاني فكانها جاءت بهما لاكثر من سنتين ولو اسلم الزوجان الكافران
او اعتق الزوجان العبدان فجاءت بولد لستة اشهر فنفاه لاعنها
ولزم الولد الام لان الوطئ كان حلالا فيقضي بنسب الولد من اقرب الاوقات
واقرب الاوقات هنا ما بعد الاسلام وبعد العتق فيقضي بعلوق الولد
من هذا الوقت وهما في الحال من اهل اللعان ويلحق النسب بالام وان جاءت
به لاقل لاعنها والولد لازم للاب لانا تيقنا ان العلوق كان في حال لا يجري
بينهما اللعان وقطع النسب انما يكون من وقت العلوق لانه متى ثبت
لازما وقت العلوق لا يمكن قطعه ولا يمكن القضاء بحكم اللعان وهو
نفي النسب من وقت العلوق فيقضي باثباته

باب البينة على دعوى النسب

المبسوط

اعلم انه اذا اقامت البينتان على نسب الولد يقضي لمدعي النكاح لان
فراش النكاح صحيحا او فاسدا اكد من الفراش الثابت بملك اليمين
لان ذلك لا يقبل الانتقال والتحويل الى غيره وفراش ملك اليمين يقبل
الانتقال الى غيره بالتزويج وكذا الفراش الثابت بالنكاح الصحيح اقوى
واكد من الفراش الثابت بالنكاح الفاسد غلام احتلم اقام البينة على
رجل وامرأته انه ابنهما واقام رجل اخر وامرأته البينة ان الغلام ابنهما فبينة
الغلام اولى ويثبت نسبه من الذين ادعاهما لان هذا في معنى دعوى النتاج
والغلام في يد نفسه وفي النتاج بينة صاحب اليد اولى ولان حق الولد في النسب
اغلب واكثر لان عظم المنفعة في النسب راجعة الى الولد لانه يحصل

له منفعة زايدة على استحقاق الماليه وهي منفعة التجمل والتشرف والتعطف
والشفقة فان الولد يتجمل بالاب ويتشرف به لانه كان يعتق ويلزم اذا لم يكن
له اب والعبرة للاغلب فكان النسب حقا له وكان الولد مثبتا حق نفسه
ومدعيه مثبتا حق غيره وكانت بينة من يثبت حق نفسه اولى لانها اكثر
اثباتا وكذلك لو كان الغلام نصرانيا فاقام بينة مسلمة على نصراني ونصرانية
انه ابنهما واقام مسلم ومسلمة بينة على ذلك فبينة الغلام اولى ولا ترجح على
بينة المدعي بالاسلام لان البينة اقوى في الترجيح من الاسلام لما بينا ولانه
يثبت حق نفسه والمدعي يثبت حق غيره ٥ ولو كانت بينة الغلام نصرانية
فبينة المسلم اولى ويجبر الغلام على الاسلام لان بينة الغلام ليست بحجة
على المسلم فكانه لم تقم البينة في حق المدعي المسلم وهو تفرد باقامة
البينة فيقضي بنسب الغلام منه لان للابوين في النسب حقا فانهما يستحقان
عليه حقوقا ماليه فيقبل بينتهما اذا انفردا باقامة الرجل هو عبد
ولد من امة زوجتها من عبدي فلانا فولدت له والعبد يدعيه واقاما البينة
على ذلك فالبينة بينة العبد والمولى لان الغلام يدعي الفراش بملك اليمين
والعبد يدعي الفراش بملك النكاح وفراش النكاح اقوى واكثر واكمل
وكانت بينته اولى واحق ٥ وان كان العبد ميتا او حيا الا انه لا يدعيه
لا تقبل بينة مدعي النكاح لانه يثبت النكاح للعبد من غير دعواه ولا
يثبت النكاح بالبينة بدون الدعوى ٥ غلام وامه في يد رجل فاقام اخر
البينة ان هذه امته ولدت هذا الولد على فراشه واقام الذي في يده البينة
انها امته ولدت هذا الغلام على فراشه والغلام صغير او مدرك يدعي انه ابن

البينة ه ولو ادعى الغلام انه ابن فلان ولد على فراشه من امته فله ونعم صح

من هو في يده يقضي لذي اليد وان كان الغلام يدعي انه ابن الاخر يقضي له لان
في بينة الخارج اثبات الحرية للامة وليس في بينة ذي اليد ذلك بل في بينته اثبات
الرق فيهما وبينة الحرية اولى من بينة الرق لانه لا يجوز القضا بالرق مع
قيام البينة على الحرية لان الحرية ترد على الرق والرق لا يرد على الحرية
واذا تعارضا سقط الحرية والرق فيكون القول لمن يصادقه الولد ٥ رجل
اقر بان هذا الصبي ابنه من امته هذه ثم مات واقام اخوته البينة ان
اباهم زوج امته من هذا العبد قبل ولادته بثلث سنين فولدت هذا
على فراش العبد والعبد والامة ينكران ذلك لا تقبل بينتهم لفقد
الدعوى من صاحب النكاح ولو كان العبد هو المثبت لذلك تقبل ويثبت
نسبه منه لانه بهذه الشهادة يثبت الملك لنفسه على الميت ولانه يدعي
نسب الصبي بسبب نكاح يدعي على المولى والنسب حكم النكاح
فانتصب المدعا قبله خصما عنه بحكم اتصال السبب بينهما كما في دعوى
الملك والشرى من الغايب ٥ وان كان الاقرار من المولى في المرض عتق
من الثلث والمراة امراة العبد لانها ادعوة تحرير لانه لم توجب هذه الدعوى
ثبات النسب فكان بمنزلة الاعتاق والاعتاق في المرض يعتبر من الثلث
وكذلك لو كان الغلام بالغا فاقام بينة انه ابن هذا الرجل ولد على فراشه
من امته هذه واقام المولى البينة انه ابن عبده زوج امته منه وادعاه
العبد وهو ابن العبد لان بينته اكثر اثباتا لانها تثبت نسب الغلام
بفراش النكاح وبينة الغلام تثبت نسبه بفراش ملك اليمين وفراش النكاح
اكثر واقوى لما بينا وبينة الغلام وان كانت تثبت الحرية ولكن الترجيح

بالحرية واليد كما في دعوى مطلق الملك لم يعتبر الترجيح باليد ٥ ولو ادعى
الغلام ما ادعى المولى والمولى على عكسه فهو حر وابن عبده لان بينة الغلام
اكثر اثباتا لانها تثبت نسبه بفراش النكاح وبينة المولى تثبته
بملك اليمين وعتق الغلام باقرار المولى ٥ رجل مات فاقام غلام مدرك البينة
انه ابن الميت الحر من امته فلانة والميت اقر به واقام اخر البينة انه ابن
عبده من امته فلانة والعبد يدعي ايضا يقضى للعبد لان بينته تثبت نسبه
بفراش النكاح والغلام بفراش ملك اليمين فكانت بينة العبد اكثر
اثباتا ولو كان العبد ميتا ثبت نسبه من الحر وامه ام ولد الحر لان
بينة المدعي على اثبات نكاح العبد غير مسموعة لانها تثبت نكاح غيره
وقد انعدم الدعوى منه ٥

فصل صغير لا يتكلم في يد رجل
يدعيه انه ابنه يثبت النسب منه استحسانا اذا لم يعبر عن نفسه
لانه لا يد له على نفسه يد ادا فيه بل في يد غيره يدا قاهرة وتحته ولانه
الحافظة كالبهيمة العاجمة لان الادمي ما فارق البهائم الا بالعبارة
الناطقة ولهذا لو ادعى انه عبده يقبل فاذا ادعى البنوة اولى ان
يقبل لما فيه من تحصيل النفع للصغير بالتزام النفقة والحضانة والتربية
والتشرف والتجمل بالنسب ٥ وان ادعاه اخر انه ابنه ثبت نسبه
صدقه ذو اليد او كذبه استحسانا لا قياسا لان يد الملتقط ثابتة
عليه فهو بالدعوة يريد ازالة يده عنه لانه متى صحت الدعوة كان
له ان يخرجه من يده وليس له ازالة يده فوجب ان لا يقبل وجه الاستحسان
ان الدعوة انظر في حق الصبي وهو تحصيل شرف النسب ولزوم الحضانة والنفقة

فكانت الدعوة انفع وانظر له فيقبل اذ لو لم يقبل لفات على الصبي هذا
النفع والنظر ثم اذا صحت الدعوة كان هو اولى به ضرورة ٥ ولو
ادعاه ذو اليد ورجل اخر فذو اليد اولى لانهما استويا في الدعوة
والنفع وللاحدهما يد عليه فكان صاحب اليد اولى ٥ ولو سبق احدهما
بالدعوة فهو للسابق لان السابق حين ادعى لم يكن له منازع فنفذت
دعوته وصحت وان وقعت الاخرى بعدها وبطلت ٥ وان اقام الخارج البينة
انه ابنه يقضى لصاحب البينة ويكون الغلام حرا وان لم يعرف امه لانه ثبت انه
علق من مائه وماؤه حر فيكون المتعلق منه على نعت الحرية ٥ وكذلك
ان كان المدعي ذميا او عبدا او امراة اثبت نسبه منه لان اليد المستولية
لا تعارض البينة العادلة لان البينة حجة متكاملة صالحة للاستحقاق
على الغير واليد لا تصلح حجة للاستحقاق على الغير واذا لم يستويا في الحجة
لا يعتبر الترجيح بالاسلام والحرية وفي العبد يجب ان يكون الولد رقيقا
اذا لم يعرف امه لان ماء العبد رقيق ما لم يوجد دليل بطلان الرق ولم
يوجد فيعلق الولد رقيقا وذكر في الكتاب ان الولد حر وان كان مدعيه
عبدا لان حرية الولد تثبت باقرار ذي اليد من حيث الظاهر حين ادعى
نسبه والثابت من حيث الظاهر لا ينتقض الا بالبينة ولم تقم البينة
من العبد على ابطال الحرية الثابتة من حيث الظاهر اذا كانت الام مشكلة
لانها محتملة مشكوكة انها حرة او رقيقة فلا تنتقض الحرية الثابتة بالشك
حتى لو اقام العبد البينة انه ابنه من امراته الامة فانه يبطل الحرية
ولو اقام حر البينة انه ابنه من هذه المراة واقام الذي في يده انه ابنه

ولم ينسبه الى الام قضي للمدعي لان في نسبه اثبات النسب من شخصين وفي
نسبة ذي اليد اثبات النسب من شخص واحد فكانت بينة المدعي اكثر اثباتا
واليد انما تعتبر للترجيح اذا استويا في الاثبات فاذا لم يستويا لا تعتبر ∴
ولا يضر جحود المراة والاب خصم عن ابنه في اثبات نسبه منها كالام
خصم اذا انكر الاب لان في اثبات النسب من الاب منفعة محضة للصغير
لان في الحقوق اشتركا والولد في هذا زيادة منفعة لما فيه ازالة التعيير
والتعييب بعدم الاب فانه يعير الولد بالزنا اذا لم يكن له اب يربيه ويحفظه
ويقيه فرجحت منفعة الصغير على منفعة الاب في ثبات النسب فيكون
نفعا محضا للصغير ولهذا صحت دعوة الرجل من غير بينة فانتصب الاب
خصما عنه في اثبات النسب من الام وكذلك انتصب خصما في اثبات
النسب من الاب لانها تصلح خصما عنه في اثبات حقوقه النافعة المحضة
كقبول الهبة والصدقة والوصية للصغير يصح من الام كما يصح من الاب
وانما لا تصلح الام خصما عن الصغير في اثبات حقوقه الدائرة بين الضرر والنفع
كالبيع ونحوه ه الخارج وذو اليد اقاما البينة على البنوة فذو اليد
اولى لان النسب في معنى النتاج لان سبب بنوته في الحقيقة الولادة
وهي لا تذكر الا ان الفراش الظاهر اقيم مقام النسب وفي دعوى النتاج
ذو اليد اولى فكذا هذا ه اقامت المراة شاهدة واحدة انها ولدته
ان كان ذو اليد انه عبده او ابنه لم يقض للمراة لان عند ابي حنيفة
الولادة انما تثبت بشهادة القابلة في حق ثبات النسب من المراة
لا غير لان ولادة المراة لا تنفك عن ثبات النسب بحال فمتى ثبتت

٢٢٩

الولادة بشهادة القابلة تثبت في حق ما لا ينفك الولادة عنه
وهو ثبات النسب منها فاما ثبوت النسب ينفك على ابطال يد مستحقه
للغير فلا تثبت الولادة في حقه بشهادة القابلة كما لا يثبت الولادة
بشهادة القابلة في حق وقوع الطلاق والعتاق المعلق بالولادة
لان الولادة تنفك عنه في الجملة فكذا هذا ه واما عندهما يجب ان
يقضى للمراة لان الولادة عندهما تثبت بشهادة القابلة مطلقة في
حق الاحكام اجمع فكذلك في حق ابطال يد ذي اليد وان كان لا
يدعي وهو لقيط قضي للمراة لانه اذا لم يدع احد انه ابنه او عبده ليس
له على هذا اللقيط يد مستحقة الا ترى ان للقاضي ان ينزع من يده من غير
شهادة ويدفعه الى غيره فمع شهادة القابلة اولى فلم يتضمن شهادة
القابلة ابطال يد مستحقه للغير فتقبل مطلقا ه **المنتقى** رجل
اقام البينة ان هذا ابني من فلانة الميتة وليس في ميراثها حق واقام الابن
البينة انه ابن رجل اخر من امراته والاخر ينكر يحكم ببينة مدعي الميراث
ويثبت نسب الولد منه لانه يدعي حقا وهو الميراث ه رجلان في يد احدهما
عبد وفي يد الاخر امة فاقامت الامة البينة على مولى العبد انه اشتراها
بالف وادعى ان ابنته واقام العبد البينة على مولى الامة انه اشتراه بالامة
وادعى انه ابنه فانه يقضي بالامة لمولى العبد ويعتق عليه وبالالف عليه
لمولى الامة واما العبد ان شهدت بينة العبد بان مولى الامة قبضه عتق
عليه وعليه قيمته لمولى العبد وان لم يشهدوا بقبضه لم يعتق لانه
لما جعل الامة تنقل من مولى العبد بالف صار البيع في العبد فاسدا لانه

اشتراه بعد ما باعه والمبيع في البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض
رجل مات وترك امة لها ثلاثة اولاد ولدتهن في بطون مختلفة
فاقامت الامة شاهدين ان الميت اقر ان هذا الولد الاكبر ولده من
هذه وهو ابنه والاوسط والاصغر بمنزلة امهم لان الاكبر لما
صار ابنا له باقراره الثابت بالبينة العادلة صارت الامة ام ولد ضرورة
وحكم ولد ام الولد كحكمها فان قال الشهود نشهد انه اقر بهذا
الولد الاكبر انه ولده قبل ان تلد هذين فهما ابناه ايضا لان الامة
صارت فراشا له قبل ولادة الاخرين فهما حدثا على فراشه فصار
ابناه له وقال محمد اذا جاءت بولد بعد اقرار المولى بالاكبر لستة اشهر فصاعدا
لزمه الولد وان جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يلزمه لانه انما صار له
فراشا منذ اقر فلا يلزمه ما كان من الحمل قبل ذلك

باب دعوة احد ولد امته منها المبسوط

اصله ان الاقرار بنسب مجهول لا يصح لانه لا يمكن اثبات شيء مجهول
لانه لا يفيد لانه لا يمكن اثبات الاحكام في المجهول فيكون اقراره
بنسب مجهول اقرارا بحريته لما عرف انه متى تعذر اثبات النسب بالدعوة
يجعل اقرارا بالحرية صونا للكلام عن اللغو لان الحرية من حكم النسب فيجعل
كناية عن الحرية والاقرار بعتق مبهم صحيح لان اعتاق المجهول مفيد
لانه يمكن اعتباره بان يحكم بعتق واحد منهم ثم يوزع ذلك العتق
عليهم عند تعذر البيان ه امة في يد رجل ولدت ثلاثة اولاد في بطون
مختلفة فقال المولى في صحته احد هؤلاء ابني تصير الامة

بمنزلة ام ولد له ولم يثبت نسب واحد منهم ويعتق ثلث كل واحد منهم
ويسعى في ثلثي قيمته اذا مات المولى قبل البيان عند ابي حنيفة وعند
هما يعتق ثلث الاكبر ونصف الاوسط وكل الاصغر لهما انا
تيقنا بعتق الاصغر لانه ان كان هو المراد بالدعوة عتق وان كان
المراد بالدعوة احد الاخرين يعتق ايضا بعتق امه لانه ولد ام ولد فيعتق
كله والاوسط يعتق في حالين احدهما يعتق ان كان المراد هو بالدعوة
والثاني يعتق الام ان كان المراد بالدعوة الاكبر ولا يعتق ان كان المراد
الاصغر فيعتق في حالين ولا يعتق في حال واحوال الاصابة حالة واحدة
فكانه يعتق في حال دون حال فيتنصف واما الاكبر يعتق في حال
ان كان هو المراد بالدعوة ولا يعتق في حالين ان كان المراد هو
الاوسط او الاصغر واحوال الحرمان احوال فيعتق ثلثه لابي حنيفة
انه لا يمكن اعتبار عتقه من جهة الام مع عتقه من جهة نفسه
لان عتقه من جهة الام يثبت بطريق التبعية للام وعتقه من جهة
نفسه يثبت بطريق الاصالة والتبعية مضادة فلا يمكن ان يجعل الشخص
الواحد في حكم واحد اصلا لنفسه وتبعا لغيره فكان اعتبار الاصالة
اولى من اعتبار التبعية لما تعذر الجمع بينهما ولان عتقه من جهة نفسه
عتق منجز لان هذه الدعوة دعوة تحرير فيكون تنجيزا للعتق والعتق
من جهة الام عتق مترقب لان الام انما تعتق بموت المولى وبين العتق
المنجز والمترقب تضاد وتناف لان المنجز يزيل الرق في الحال والمترقب
يزيل الرق في المال وبين كون العتق زائلا وغير زائل تناف فتعذر

الجمع بينهما وكان اعتبار ما يوجب عتقا منجزا اولى لان المنجز اقوى من
المتوقف وباعتبار هذه الجهة يصيب كل واحد منهم ثلث العتق
لانه يعتق كل واحد في حال ويرق في حالين ولو كان كل واحد من
زوج معروف كان لغوا وهو على هذا الاختلاف ○ ولو ولدت ابنا ثم
كبر فولد للابن ابن من امة المولى من غير تزوج ثم مات الابن الاعلى ثم
قال المولى احدهما ابني لم يثبت نسب واحد ويعتق ابن الابن بالاتفاق ويسعى
امه في نصف قيمتها وكذلك جدته اما عتق الولد لانه لو كان المراد
بالدعوة الاصغر عتق لانه ادعى ولد امته وان كان ثابت النسب من
امه وان كان المراد الاكبر الميت يعتق ايضا لانه يكون ابن ابنه وهو
ملكه فيعتق على كل حال لانه امكن اعتبار عتقه من جهتين لانه في
كل جهة يعتق بنفسه لا تبعا لغيره فيمكن الجمع بينهما واما الجاريتان
فتعتق كل واحدة في حال ولا تعتق في حال ان كان المراد هو الاسفل
عتق ام الاسفل وان كان المراد الاكبر لا يعتق وام الاكبر كذلك
فيعتق من كل واحدة نصفها ○ ولو ولدت امة بنتا من غير زوج
ثم ولدت بنتين في بطن اخر من غير زوج ثم ولدت ابنا اخر من غير زوج
ثم نظر المولى الى الغلام الاكبر واحد التوامين فقال في صحته احد هذين
ولدي ثم مات قبل البيان لم يثبت نسب واحد ويعتق الاكبر ويسعى
في نصف قيمته ويعتق من كل جارية نصفها وتسعى في الباقي ويعتق
الابن الاصغر كله ويعتق امه اما الام فلانها تعتق على كل حال ان اراد
به الاكبر ام احد التوامين واما الاكبر فلانه ان كان هو المراد بالدعوة

بالدعوة يعتق وان كان المراد احد الاوسطين لا يعتق فيعتق في
حال ولا يعتق في حال فيعتق نصفه واما الاصغر فلانه لا يصيبه العتق
الا من جهة امه لانه لم يضف الدعوة اليه وابو حنيفة يعتبر العتق
من جهة الام اذا كان لا يصيبه العتق من جهة نفسه وباعتبار
عتق الام يعتق على كل حال تبعا للام لانه ولد ام ولد واما الاوسطان
فلانه ان كان المراد هو الاكبر لا يعتقان لانهما لو عتقا عتقا
تبعا لامهما لانهما توامان فيعتقان في حال ولا يعتقان في حال فيكون
لهما حرية كاملة بينهما فيعتق من كل واحد منهما نصفه وهذا قول
ابي حنيفة وعلى قولهما يعتقان جميعا لانه ان كان المراد احدهما
يعتقان وان كان المراد هو الاكبر يعتقان تبعا لامهما لانها ام ولد
ولو نظر الى الاكبر والاصغر فقال احدهما ابني عتق من الاكبر
نصفه ومن الاصغر نصفه ويعتق امهم ويعتق نصف الاوسطين ويسعيان
في نصف قيمتهما عند ابي حنيفة اما الاكبر فلما عرف واما الاصغر فلانه
يستفيد العتق من جهته لا من جهة امه لانه لا حظ له من عتق امه
عنده وباعتبار عتق نفسه يعتق في حال ان كان هو المراد ولا
يعتق في حال ان كان المراد هو الاكبر فيعتق نصفه واما
الاوسطان لانه ان كان المراد هو الاكبر يعتقان لانهما ولدا ام
الولد فيعتقان بموت السيد وان كان المراد هو الاصغر لا يعتقان
فيعتقان في حال دون حال فيعتق رقبة واحدة لان ابا حنيفة
يعتبر العتق من جهة الام اذا لم يستفد العتق من جهة نفسه وهما

لا يستفاد ان العتق من جهة انفسهما وعندهما يعتق نصف الاكبر
ويسعى في نصفه ويعتق الاصغر كله ويعتق نصف الثنتين اما
الاكبر والاوسط فلما بينا واما الاصغر فلانهما اعتبرا العتق
بالجهتين وباعتبار الجهتين هو حر بيقين لانه ان كان هو المراد يعتق
فان كان المراد هو الاكبر يعتق تبعا للام لانه ولد ام الولد فيعتق
لموت السيد ه

باب دعوة المريض المبسوط

اقر المريض ان عبده الذي ملكه في صحته ابنه فالنسب ثابت ويرثه ولا
يسعى في شيء وان كان عليه دين محيط بماله لان هذا الاقرار يستند الى وقت
الملك لان من ملك ولده يعتق عليه من وقت الملك وقد ملكه في الصحة فصار
معتقا في صحته فيعتق من جميع المال وكذلك ولد جاريته ولدته
عنده في صحته ه وان ملكه المريض ثم ادعاه او ملكه بعد ما ادعاه
نسبه لان المرض لا يزيل املاكه ولهذا نفذت تصرفاته في ماله فالدعوة
صادفت ملكه فصحت ويسعى في قيمته سنه ومن الورثة فان لم يكن
على الميت دين عندهما وعند ابي حنيفة في ثلثي قيمته ولا يرث وام
الولد لا تسعى بالاجماع لان التملك كان في المرض فصار معتقا
في المرض والعتق في المرض وصية ولا وصية للوارث فيجب عليه
السعاية في جميع قيمته عندهما لانه عتق كله والمستسعى حر
مديون عندهما فيكون وارثا وعند ابي حنيفة يعتق ثلثه لان عنده
العتق يتجزى ومعتق البعض رقيق بمنزلة المكاتب فلا يرث ه مريض
مديون وهب له ابنه المعروف في مرضه يسعى في قيمته للغرماء لانه معتق

المرض لانه ملكه في حالة المرض فصار معتقا بالملك لان تملك القريب
اعتاق عندنا فقد احتسب عنده ماله مقومه بالعتق فعليه ان
يسعى في جميع قيمته ان كان الدين يحيط بقيمته اذ لا وصية مع
الدين وان كان الدين اقل من القيمة يسعى في الدين لان قدر الدين
مشغول بالدين فلا تصح الوصية فيه ويسعى في ثلثي ما بقي من القيمة للورثة
عند ابي حنيفة والثلث وصية لان المستسعى بمنزلة المكاتب عنده
فلا يرث فتصح الوصية بقدر ثلث ماله وعندهما يسعى في جميع قيمته
الا قدر ما يخصه من الميراث فيرث لانه حر مديون فيكون وارثا ولا وصية
للوارث وقس على هذا الشراء ه مريض وهبت له ام ولده لا تسعى في
شيء اتفاقا لان عتق ام الولد انما يثبت بالاستيلاد لانه لا فعل منه في
الحال وهو فعل الاستيلاد ه فان اشتراها وقيمتها اقل من الثمن والدين
محيط بماله فان البايع يرد الفضل على القيمة على الغرماء وان لم يكن عليه
دين رد ثلثي الفضل على الورثة لان بقدر القيمة معاوضة ولا محاباة
فيها وما زاد على القيمة محاباة والمحاباة وصية فتصح بقدر الثلث
ولا يخير البايع وان لزمه زيادة ثمن لانه تعذر الرد فانما صارت ام ولد له
فلا يفيد الرد ثمرته وذكر في الوصايا لو ملك ولده في مرض موته ومات
وهو يخرج من الثلث عندهما يرث ويسعى في جميع قيمته وعند
ابي حنيفة يرث ولا يسعى في شيء لانه لو وجبت السعاية لسقطت كما
وجبت لانه لو وجبت عليه السعاية يصير حرا فيظهر ان الوصية
حصلت لغير الوارث فسقطت السعاية لان الوصية تخرج من الثلث

لا بالتملك لانه ان كان في حال الصحة يصير معتقا من وقت الاستيلاد

واذا اسقطت السعاية تصير حرا فيظهر ان الوصية حصلت للوارث فلا يصح فيجب السعاية فلا تزال يدور هكذا او سهم الدائر ساقط وانما يقع الدور بايجاب السعاية فلا توجب ولا فايدة في ايجاب شي يسقط وقد طعن بعض الناس على ابي حنيفة وقالوا جوز الوصية للوارث وخالف الحديث فلنا ما خالف الحديث لكن خص هذا الوارث من الحديث بدليل ضروري اوجب التخصيص وتخصيص العام بالدليل جايز ٥

كتاب الاستحقاق

باب ما يرجع به المشتري على البايع عند الاستحقاق

المستحقا ٥ اصله ان الرجوع على الغير باحد امرين اما بعقد معوض لان سلامة العوض مستحقة به فاذا فاتت يستحق الرجوع بالعوض واما بعمل يقع للدافع كما لو هلكت الوديعة في يد المودع والمستاجر في يد المستاجر ثم استحقت فضمنه المستحق رجع بما ضمن على آجره ومودعه لانه عامل له فيكون قرار الضمان على المعمول له لانه هو الذي اوقعه فيه ٥ لو اشترى دارا فبنى فيها ثم استحقت يوم يهدم البنا ويدفع الدار الى المستحق لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ويرجع المشتري بالثمن على البايع وقيمة البنا يوم يسلمه الى البايع فرق بين هذا وبين الشفيع اذا استحقت الدار من يده وقد بنى فيها يرجع بالثمن دون قيمة البنا والفرق ان البايع ضمن للمشتري سلامة البنا وتبقيته الى الابد فاذا لم يسلم صار مغرورا من جهته فيرجع على الغار

بما لحقه من ضرر الغرور من النقصان والخسران كالمشتري اذا ضمن قيمة ولد المغرور لمستحق الجارية رجع على البايع بقيمة الولد فكذا هذا فاما الشفيع لم يصر مغرورا من جهة المشتري لانه لم يصر ضامنا سلامة البنا له لان ضمان السلامة لا يثبت بغير رضاه ولم يوجد منه رضا لان الشفيع يملك الدار عليه على كره منه ويسلم النقض للبايع لان الضمان يفيد الملك في المضمون وان شا المشتري اخذ نقض بنايه لانه ملكه ولا يرجع على البايع بما لحقه من زيادة غرم في نفقة البنا لانه لما رضي بنقض البنا وقد ابرا البايع عن الزيادة ففي خمس مسايل لا يرجع بقيمة البنا عند الاستحقاق احدها الشفعة وهي ما ذكرنا والثانية القسمة وهي ما اذا اقتسما دارا نصفين وبنى كل واحد في نصيبه ثم استحقت الدار لم يرجع احدهما على الآخر بقيمة البنا والثالثة الجارية المأسورة اذا اشتراها رجل من اهل الحرب ثم جا المالك القديم واخذها من يده واستولدها ثم استحقها رجل لم يرجع بقيمة الولد على الذي اخذها من يده ٥ والرابعة الاب اذا وطي جارية ابنه فعلقت منه ثم استحقها رجل لم يرجع بقيمة الولد على الابن لانه اخذها منه جبرا بغير اختياره فلم يصر المأخوذ منه غارا ملتزما للسلامة ٥ والخامسة روى ابن رستم عن محمد رحمه الله قال في باع دار اليتيم وهي تساوي الفا بماية فبنى فيها المشتري ثم ادرك الصغير فانه يرد البيع ولا يرجع المشتري بقيمة البنا على احد ٥ وقال ابو يوسف

اذا ادى الغاصب قيمة الجارية المغصوبة ثم استولدها ثم
استحقت كان له ان يرجع بقيمة الولد على المولى لان المولى
اخذ القيمة منه على اختيار فصار الغاصب مغرورا من جهته فيرجع
عليه بما لحقه من ضمان الغرور ٥ ولو هدمه المشتري فلا شي له على
البايع ٥ ولو افسده المطر فعلى البايع فضل ما بين النقض والبنا وان
شا البايع اخذ النقض واعطاه قيمة البنا مبنيا ٥ ولو هدم المشتري
بعضه وبقي بعضه فله ان ياخذ البايع بقيمة ما بقي ويسلمه له بهدمه
البايع والنقض له وان شا المشتري نقض كله ونقضه له ولا يسلم البنا
الى البايع ٥ وروى الحسن عن ابي حنيفة استحسن ان يبعث القاضي من
يقومه ثم يقول للمشتري انقضه واحتفظ بالنقض فاذا ظفرت بالبايع
سلمته له وقضيت على البايع بقيمة البنا ٥ ولو هدم المشتري بنا
الدار المشتراه وبنا فيها بنا جديدا من عنده ثم استحقت الدار اخذ المستحق
الدار وقيمة البنا القديم من المشتري ورفع البنا الجديد ورجع
المشتري بحصة الارض من الثمن وبقيمة البنا الجديد ولا يرجع بقيمة
البنا القديم لانه هو الذي هدمه ٥ وذكر الناطفي في اجناسه لو
اشترى ارضا فغرس فيها نخلا ثم استحقت الارض وامر المشتري بقلع
النخل ولكن في قلعه ضرر بالارض فالمستحق بالخيار ان شا اعطاه
قيمة النخل مقلوعا وكان له ذلك وان شا يغرمه ما نقص القلع
من ارضه ويرجع المشتري على بايعه بالثمن ولا يرجع بقيمة النخل
ولا بنقصان الارض فان اثمر النخل ثم استحقت الارض قال ابو يوسف

للمشتري ان يرجع بقيمة النخل ثابتا في الارض ويسلم ذلك للبايع
ولا يرجع عليه بقيمة الثمر ويجبر المشتري على قطع الثمر بلغ او
لم يبلغ ويجبر البايع على قلع النخل وان كان في الارض زرع والزرع قد
اضر بالارض فللمستحق ان يضمنه نقصان الارض ولا يرجع على بايعه
الا بالثمن ٥ وان كان المشتري قد كرى نهر الارض او حفر فيها ساقية
او قنطر على النهر ثم استحقت فله ان يرجع بقيمة القنطرة ولا يرجع
بما انفق في كري النهر وساقيته ولا في مسناة جعلها بالتراب وان
بناها باجر او لبن او قصب او نحو له قيمة يرجع بقيمة ذلك عليه
لانت في البنا واجبر البايع بقلعه ٥ رجل اخذ ثوب اخر بغير امره
فصبغه ثم باعه من رجل فوجده صاحبه في يده فاقام البينة
انه ثوبه فانه يقضى به له ولا يومر بدفع ما زاد الصبغ فيه الى مشتريه
لان الثوب لما استحق من يده فقد انتقض الشرا وصار يرجع بجميع
الثمن ولا يجوز شراوه الصبغ الذي للبايع فيه حتى يحضر بايعه فيعطيه
ما زاد الصبغ فيه وهو في ايديهما بمنزلة ثوب رجل وقع في عصفر
اخر وهو في ايديهما حتى يحكم فيه ٥ باب ما يمنع
الرجوع عند الاستحقاق وما لا يمنع

المبسوط ٥ اشترى عبدا يقر بالعبودية فاذا هو
حر فلا شي على العبد اذا كان البايع غايب لا يدري اين هو رجع المشتري
على العبد ثم يرجع هو على البايع وروى عن ابي يوسف انه لا يرجع
على العبد بحال لان الضمان انما يجب بالمبايعة او بالكفالة ولم

يوجد كلاهما من العبد ووجه ظاهر الرواية انه شرع في العقد بناء على امره معتمدا
على كلامه فصار مغرورا من جهته فصار العبد ضامنا لسلامة الثمن متى تعذر
استيفاؤه من العبد نفيا لضرورة الغرور عنه نظرا له بخلاف ما لو ارتهن عبدا
مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه بحال لان الرهن ليس بمعاوضة فلا
يستحق به السلامة فلا يصير الامر به ضامنا للسلامة بخلاف البيع بخلافه ٥ اشترى
عبدا بثوب وتقابضا ثم استحق العبد وقد هلك الثوب في يده لزمه قيمته
لانه وجب عليه رده لانه انفسخ البيع في العبد فيلزمه رد بدله وقد عجز عنه
فلزمه رد قيمته ولو كان الثمن جارية فولدت من المشتري او اعتقها ثم استحق
العبد يلزم المشتري قيمة الجارية لان العقد قد فسد في الجارية باستحقاق العبد
فلزمه رد الجارية وقد عجز عنه فغرم قيمتها ولا يضمن للولد شيئا لانه علق حرا
ولو وجد العبد حرا كان عتقها باطلا وولدها رقيقا لانه عقد باطل لا فاسد
لان مدلهما ليس بمال فلم يملك الجارية ٥ **المنتقى** اشترى دارا وهو يعلم
انها لغير البايع وقال البايع امرني صاحبها ببيعها فاشتراها منه ثم بناها
واستحقت يرجع على البايع بقيمة البنا فان قال البايع لم يامرني صاحبها ببيعها
ولكن رجوت ان يرضى به ثم لم يرض صاحبها لا يرجع على البايع بقيمة
البنا لانه لم يغره ولو اجاز صاحبها بعد ما بناها المشتري ثم استحقت
من وجه اخر لم يرجع المشتري بقيمة البنا على احد وان اجاز صاحبها
قبل البنا ثم بناها المشتري ثم استحقت من وجه اخر رجع على البايع
بقيمة البنا لان في الاول حين بناها لم يكن بناها مغرورا لانه
علم انه بنى في ملك الغير وفي الثاني حين بناها كان مغرورا لانه

بناها معتمدا على انها صارت ملكا له بالاجازة ٥ وان كان المشتري
بنى سفلها قبل الاجازة وبنى العلو بعد الاجازة ثم استحقت يرجع بقيمة
العلو لا السفل لان السفل حين بناه لم يكن مغرورا فاما بنا العلو كان بناه
على غير اصل ثابت لانه كان يوجد بقلعه كما لو بنى في دار انسان بغير
اذنه ثم اشترى الدار ثم جدد على ذلك البنا بنا اخر ثم استحقت لم يرجع
عليه بقيمة العلو ولا السفل ٥ اشترى دارا وضمن انسان الدرك ثم استحقت
بعد البنا لا يرجع بقيمة البنا على ضامن الدرك لانه ضمن درك رقبة الارض
لا سلامة البنا ٥ فان ضمن الدرك وقيمة ما بنى فيها رجع بقيمة البنا
على ايهما شا البايع او الضامن لان كل واحد التزم سلامة البنا ٥ بشر عن
ابي يوسف في رجل اشترى دارا وقبض ثم خاصمه رجل في حايط بينه
وبين اخر ولم يكن الحايط شرطا في البيع واقام عليه البينة فان كان للمشتري
عليه خروع فله ان يرجع بالثمن على البايع وان شا امسكها ويرجع
بحصة الحايط لان اليد في الحايط للبايع ولا يد للجار وقد دخل في العقد وان
لم يسم فيه وان كان للمستحق عليها خروع لا يرجع بشي لان اليد في الحايط
للجار لا للبايع ظاهرا ولم يسم في العقد فلا يدخل ٥ وان كان لهما جميعا يرجع
بالنصف وان شا رد الدار لان الحايط في يدهما واليد دليل الملك فاذا استحق
الجار استحق نصف ما دخل تحت العقد وان شا رد الدار لان الدار صارت
معيبة ٥ وان لم يكن لاحدهما عليه خروع وهو متصل ببنا المشتري فله
ان يرد وان شا رجع بحصته لانه متى ورد الاستحقاق عليه تعيب ملكه
وان كان متصلا بالبنايين فانه يرجع بالنصف او يرد وان لم يكن متصلا

بيننا احدهما ولا جذوع لاحدهما عليه لا يرده لانه لم يدخل في البيع و
جعلته بينهما نصفين لانه في ايديهما الا ان يكون يسمى الحائط في
الشرا فيرجع بحصته او يرد الدار لانه دخل في العقد وان كان للمشتري
عليه سترة فلما استحقه الاخر امره بهدمها والسترة قائمة قبل شرائه
كان له ان يرد الدار او يرجع بنقصان هذه السترة وان كان له عليه هرادي
فاستحق لم يرجع بشي ولم يرد الدار ٥ وان كان له مسيل ماء في دار او
طريق واستحق رد الدار ان شا او امسكها فيرجع بنقصان ذلك ٥
واذا كان الحائط بين دار المشتري وبين دار جاره وليس لاحدهما عليه جذوع
ولا حمولة فاختصما فيه جعلته بينهما نصفين ٥ فان اقام جاره بينة واستحقه
لم يرجع المشتري بشي من الثمن لانه لم يدخل في البيع ٥ اشترى ثوبا بمائة
درهم فاعطاه خمسين درهما وخمسة دنانير بخمسين درهما ثم استحق نصف
الثوب فان قال هذه الخمسة بخمسين درهما وهذه خمسين تمام حقك يرجع
بخمسين درهما ولا يرجع بشي من الدنانير لان ثمن النصف المستحق هو
الدراهم وان قال هذه الخمسين مما لك علي وهذه الخمسة بالخمسين الباقية
فانه يرجع بالدنانير لان ثمن المستحق هو الدنانير ٥ وان قال هذه الخمسة
وهذه الخمسين قضاء عن ثمن الثوب يرجع من الدنانير بدينارين ونصف ومن
الدراهم بخمسة وعشرين لانه جعل ثمن المستحق نصفه من الدنانير ونصفه
من الدراهم ٥ رجل له كران من حنطة فباع احدهما رجلا فاستحق من يده
يأخذ المشتري الكر الثاني ولا ينتقض البيع لان البيع انصرف الى كر هو
ملكه ٥ ولو باع الكر الباقي ثم استحق الاول بطل البيع لانه عجز عن

تسليم المبيع ٥ رجل له ثلثة اقفزة طعام فباع قفيزا منه من رجل ثم باع
قفيزا من اخر ثم باع قفيزا من ثالث وسلم الكل ثم استحق القفيز الاول
فانه ياخذ القفيز الثالث لانه باع الاول والثاني وهو يملكهما لان البيع
ينصرف الى ملكه وباع الثالث وهو لا يملكه ٥

الجامع

اعلم ان الاستحقاق بملك الاصل مطلق للمشتري حق الرجوع بالثمن
لانه يبين ان البائع باع ملك غيره والاستحقاق بملك حادث بعد
البيع لا يثبت له حق الرجوع لانه لا يبين ان البائع باع ملك غيره
فوقع الاستحقاق على المشتري ٥ اشترى ثوبا فخاطه قميصا ثم
استحقه رجل لم يرجع على البائع بالثمن لان استحقاق القميص لا يكون
الا بملك حادث يتلقاه من المشتري لان القطع والخياطة يمانع المستحق
من الاخذ بملك له قبل الخياطة فجعل استحقاقا على المشتري وكذلك
المشتري اذا طحن الحنطة او شوى اللحم ٥ ولو ذبح الشاة او قطع
الثوب ولم يخطه ثم استحقه رجع بالثمن لان هذا ما ينقطع حق المالك
عنه في الاصل الا ترى لو استحق من يد الغاصب ليس له الا ان يضمنه
وكان هذا استحقاقا بملك الاصل لا بملك حادث ٥ فان استحق قال
حز راسها واخر جلدها واخر لحمها او في الثوب استحق واحد الكمين
والاخر البدن لم يرجع لان الاستحقاق على هذا الوجه لا يتصور الا
بعد الذبح والقطع فيكون استحقاقا على المشتري ٥ وفي كل موضع يرجع
المشتري على البائع لو كان مكان المشتري غاصبا فاستحق منه
لا يجب عليه ضمان العين للمغصوب منه وفي كل موضع لا يرجع

يجب على الغاصب ضمان العين المغصوب منه ه **الزيادات**
أصله أن الإقرار حجة في حق المقر دون غيره لأنه حجة قاصرة والبينة
حجة مطلقة كاملة في حق الناس كافة ه اشترى أمة وتقابضا فادعى
عليها رجل فأقر له فقضي له لا يرجع المشتري على بائعه بالثمن لأن إقراره
حجة في حقه دون غيره لأنه متهم في حق غيره فإن أقام المشتري
البينة أنها للمستحق لم يقبل لأنه ثبت الملك للمستحق بإقراره وإثبات
الثابت لا يتصور فلم يكن غرضه من إقامة البينة سوى الرجوع بالثمن
والبينة لم توضع لذلك ولأنه متناقض فيه لأن إقدامه على الشراء اعتراف
منه بصحة العقد دلالة والمناقض لا يقبل قوله إلا أن يقيم البينة على إقرار
البائع أنها للمستحق أو يستحلف البائع فينكل فيقبل ويرجع بالثمن لأنه
يثبت بهذه البينة ما هو غير ثابت وهو تصديق الخصم والتناقض
يرتفع بتصديق الخصم وفي تحليف البائع غير متناقض من كل وجه لأن
بقوله إنها ملك المستحق لا ينكر حكم ذلك العقد الذي باشره لأن
العقد على المستحق ينعقد ويرد له مملوك وفي حق البينة متناقض لأنه يريد
إبطال الملك الذي ثبت به ه فإن ادعت الجارية أنها حرة الأصل وصدقها
المشتري أو استحلف فنكل فقضي لها ثم أقام المشتري البينة على حريتها
يقبل ويرجع بالثمن لأنه يثبت به ما ليس بثابت وهو غصب البائع الثمن
لأن الحرة لا تدخل في العقد ويدلنا لا تملك فيظهر أن البائع قبض ماله
بغير حق ه وكذلك لو أقر المستحق أنها أمة أعتقها أو دبرها أو
استولدها قبل شرى المشتري وصدقه المشتري ثم أقام البينة يقبل لأنه

كانت حرة وقت الشراء فلم يكن داخلة في العقد فهو يريد إبطال ملك ثبت به
فصار متناقضا ه

باب رجوع الباعة بعض على بعض

المبسوط ه اشترى دارا فباعها
من آخر فبنى الآخر ثم استحقت رجع المشتري على بائعه بالثمن وقيمة
البناء ولم يرجع البائع الثاني على الأول بقيمة البناء عند أبي حنيفة لأن
الآخر صار مغرورا من جهة الثاني والثاني لم يصر مغرورا من جهة الأول
لأنه لم يبن فيها شيئا وعندهما يرجع لأن الثاني إنما صار ملتزما بسلامة
البناء للآخر معتمدا على قول الأول مستندا على بيعه فصار مغرورا
من جهته أيضا ه وكذا لو باع عبدا من إنسان ثم باعه من آخر فمات العبد
عنده ثم اطلع على عيب رجع على بائعه بالنقصان ولا يرجع بائعه على
الأول عند أبي حنيفة لأن البيع الثاني لم ينفسخ حتى يعود حق الرد فيسقط
حق الرجوع بالنقصان خلافا عنه وعندهما يرجع الثاني على الأول لأن البيع
قد انتقض في العبد لعينه لما عرف في البيوع وعلى الخلاف الرجوع بقيمة
الأولاد في الجارية المستحقة ه **المنتقى** ابن سماعة عن أبي
يوسف رجل اشترى عبدا فوهبه من آخر ثم وهبه الموهوب له من آخر
ثم استحق العبد فللمشتري أن يرجع على بائعه وهذا لا يشبه البيع
ولو في البيع ليس له أن يرجع على بائعه حتى يرجع عليه الذي اشتراه منه
ولو وهبه المشتري الأول من رجل ثم باعه الموهوب له من آخر فاستحق من
يد المشتري الثاني فالمشتري الأول لا يرجع على بائعه حتى يرجع المشتري
الثاني على الموهوب له البائع والفرق أن في الهبة الاستحقاق

ه الوارد على يد الموهوب له كالاستحقاق الوارد على يد المشتري لان المعنى
الموهوب له لا يكون له حق الرجوع على الواهب لان حق الرجوع انما
يثبت بالعوض ولا عوض في الهبة وكانت يد الموهوب له كيد الواهب
قايمة مقام يده فصار كانه استحق من يد الواهب بخلاف البيع لان يد المشتري
يد اصالة بنفسه لا خلافة عن يد البايع لان الاستحقاق ورد على ملك حاصل
بعوض ولهذا ثبت له حق الرجوع على بايعه والاستحقاق وارد عليه فلم
يصر كانه استحق من يد المشتري الاول فيتوقف رجوع الاول على بايعه
على رجوع الثاني عليه ه رجل اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن البايع
فاستحقها انسان ببينة فقال البايع لي البينة على ان المستحق باعها
او اقر بها لي قال يخير القاضي المشتري فان شاء ولي الخصومة وان شاء ردها
بالثمن على البايع ولم يكن له ان يقف حتى يلي البايع الخصومة لان الاستحقاق
قد ثبت بالبينة فثبت له حق الرجوع فلا يوقف لرفع موهوم ه اشترى
دارا فبنى فيها فباعها البايع من اخر ونقض الثاني بنا الاول وبناها جديدا
ثم استحقها الاول فان بنى المشتري الثاني من ملكه يضمن حصة البنا
القديم والنقض للمشتري الاول ان كان قايما ويضمن الثاني قيمته ان
استهلكه وللمشتري الثاني رفع البنا الثاني لانه ملكه وان بنى بنقض
البنا الاول يضمن حصة البنا الاول والبنا الثاني للمشتري الاول
لانه عين ملكه وان زاد المشتري الثاني في ذلك اعطاه قيمة
الزيادة ولا يعطيه اجر العمال لان الزيادة مال متقوم
والعمل لا يتقوم الا بالعقد ولا عقد معه قال ابو يوسف

رجل اشترى دارا وبناها فادعاها رجل فصدقه المشتري وكذبه
البايع ثم المشتري اشتراها من هذا المدعي واحدث فيها بنا اخر
ثم استحقها رجل يرجع المشتري على الاول بالثمن الاول وبقيمة
البنا الاول ويرجع على الثاني بالثمن الثاني وبقيمة البنا الثاني ولو كان المقر
له قد قبضها وهدم البنا الاول ثم اشتراها منه المشتري وبنى فيها
ثم استحقت لا يرجع على الاول بقيمة البنا ه

الزيادات

اصله ان استحقاق المبيع لا يمنع استحقاق البيع ووقوع الملك في يد
له لما عرف ه اشترى جارية وضمن له اخر الدرك فباعها من اخر وذلك
من اخر ونقدا بعوا ثم استحقت ليس لواحد ان يرجع على بايعه حتى يقضى
عليه بالثمن فيرجع لان العقد على المستحق منعقد موقوف على اجازته
وبدله مملوك للقابض بالقبض فلو رجع بالثمن قبل القضا على بايعه
بالثمن لاجتمع في ملكه بدلان على مبدل واحد وهذا محال وكذلك الاول
لا يرجع على الكفيل حتى يقضى عليه ه فان اقام واحد من الباعة البينة
انها جارية البايع الاول بعد ما قضي للمستحق لا تقبل لانها لو قبلت
فله ان يلزمها مشتريه ثم هو مشتريه الى ان يعود الجارية الى المشتري
الاخر فيأخذه المستحق منه ثانيا لانه صار مقضيا عليه فلا تقبل في
الابتدا فتصير المسالة فلم تقبل البينة لها لانه صارت الباعة مقضيا
عليهم فلا يقبل في الابتدا ولو اقامت الجارية بينة انها حرة الاصل او انها
كانت مملوكة فلان اعتقها او دبرها او استولدها يرجع كل واحد
بالثمن قبل القضا عليه لان البيع لا ينعقد على الحرة وبدلها لا يملك

فلو وقع قبل القضا عليه لا يجمع البدلان في ملكه ٥

باب من ينتصب خصما عن الاستحقاق

المستحقا قال ابو يوسف رجل في يده دار باع
نصفها شايعا من رجل وباع النصف الاخر من رجل اخر وقبضا جميعا
ثم استحق رجل نصفها فهما خصم له ياخذ المستحق من كل واحد منهما
نصف ما في يده لان كل واحد منهما انتصب خصما بقيام يده عليها
ولو باع نصفها وحده شايعا من رجل وقبض المشتري فهو خصم
للمشتري والبايع جميعا وياخذ من كل واحد نصف ما في يده
فان سلم البايع له النصف الذي في يده جاز ذلك ولا بينه وبين المشتري
وان لم يقبض المشتري فالخصم فيه هو البايع دون المشتري ويقضي
للمدعي على البايع بنصف الدار ويقال للبايع سلم للمشتري نصف الدار نابا
قال ابو يوسف رجل باع نصف دار او نصف عبد له من رجل فلم يقبض
المشتري حتى باع النصف الاخر من رجل فلم يقبض ثم استحق رجل نصفه
شايعا فانه يقضي له بنصفه ويسلم للمشتري الاول نصفه ويبطل البيع
الثاني لان البيع الاول الى نصف هو ملكه والبيع الثاني صادف
ملك الغير فيبطل اذا لم يتصل به الاجازة ٥ ولو غاب الثاني وحضر المشتري
الاول وقبضها فانه يقضي للمستحق نصف ما اشترى الاول وهو الربع
ولا يقضي في نصف الغايب بشي لانه حينيذ يكون قضا على الغايب وان
اراد المستحق ان يضمن البايع ربع العبد فله ذلك لانه باع نصفه من
الثاني وان اختار الاول رد الربع على البايع فله ذلك وان اراد

امساكه ثم حضر الثاني فخاصمه المستحق وقضى له بنصف ما في يده
ايضا واختار رد ما بقي في يده فرده لم يكن للمشتري الاول ان ياخذه
لان البايع الاول كان وقع على النصف الذي اشتراه الاول فليس
له ان ياخذ غيره ٥ رجل اشترى من رجل عبدا او قبضه ونقد الثمن
ثم استحقه رجل من يد المشتري ثم اقام البايع البينة على المستحق انه كان
قد باعه اياه فقضي له به قال ابو حنيفة رحمه الله لا يسلم للمشتري على
احد العبد لان شراه قد انفسخ وبطل بالاستحقاق والقضا وروي عن
ابي يوسف انه قال له ان ياخذه ما لم يكن نقض الثمن او قضي له به ٥

الجامع اصله ان ذا اليد انتصب خصما بيد الملك صحيحا كان
او فاسدا او بيد الامانة لا ٥ رجل اشترى ابريق فضة بدينارين ونقد
دينارا وقبض الابريق وتفرقا فاقام اخر بينة ان نصف الابريق له يسمع
بينته لانها قامت على خصم لان الملك ثابت لذي اليد نصفه في نصفه
صحيح وفي نصفه فاسد لعدم القبض فينتصب خصما في الكل ويرد المشتري
ربع الابريق على البايع ويسترد نصف دينار لانه استحق نصفه
شايعا من الابريق فيكون له النصف من النصفين فيسترد المشتري
ثمن ربع ما صح البيع فيه ويرد ربع ما فسد فيه البيع ولا خيار له
في الربع الباقي لانه لما لم ينقد احد الدينارين فقد رضي بالشركة لعلمه
ان للبايع ان ياخذ نصف الابريق ويصير شريكا فيه وكذلك الجواب
اذا اشترى عبدا صفقة نصفه صحيحا ونصفه فاسدا بان اشترى
نصفه بمائة حالة ونصفه بمائة الى العطا قيل هذا قولهما لا فقول

ابي حنيفة لان عنده الصفقة متى فسد بعضها فسد كلها وقيل هذا
قولهم لان هذه الصفقة فسد بعضها بفساد طارئ لان المفسد رحمه الله
الاجل وهو لا يعقد ما لم يكن وقت العطا فلا يفسد كلها كما في مسلة الابق
ولو باع النصف واودعه النصف وغاب فادعى رجل النصف لم يكن
المشتري خصما لان البيع انصرف الى النصف الذي هو مملوك للبايع فبقي الا
ستحقاق واردا على النصف الذي لم يبع وهو مودع في ذلك النصف و
المودع لا ينتصب خصما عن المودع فيما يستحق عليه لما فيه من تفويت
الحفظ عليه ۝ ولو باع من رجل النصف واودعه اخر النصف ثم استحق النصف
قضي له بربع العبد وهو نصف المشتري لان الاستحقاق ورد على النصفين
شايعا لانه ادعى نصف ما في يد الرجلين والمشتري ينتصب خصما فيما
اشتري فيستحق منه نصفه ولا ينتصب خصما فيما كان وديعة فلا يستحق
منه شي ويرجع المشتري على البايع بنصف الثمن لانه استحق منه نصف
المبيع ۝ ولو اشتري النصف شرا صحيحا والنصف الاخر فاسدا واستحق
نصفه انصرف الاستحقاق الى النصف الاخر لان المستحق مقر بان نصف العبد
مملوك للبايع فيبيعه او لا ينصرف الى نصفه فيقضي بالنصف الاخر للمستحق
وكذلك في السعر الصحيحين ينصرف الاستحقاق الى الاخير ۝ ولو باع
النصف صحيحا وباع الباقي بميتة او دم او خمر فلا خصومة من خصم البايع
لان الثاني ليس ببيع فبقي في يده وديعة ۝

باب من وقع عليه القضا بالاستحقاق ومن لا يقع ومن

يرجع بالثمن ومن لا يرجع ۝ الزيادات اصله ان القاضي انما يقضي بالحجة

فالحجة نوعان بينة وتصادق فالقضا بالبينة في الملك قضا على ذي
اليد وعلى من تلقي الملك من جهته لا على غيرهما لان البينة حجة متعدية
وانما صارت حجة لضرورة الخصومة والمشاجرة فظهر كونها حجة
في حق من توجهت عليه الخصومة والخصومة توجهت عليهما لا على
غيرهما والقضا بالبينة في حق الحرية وما يجري مجراها قضا على الناس
كافة لانها من حقوق الله تعالى والناس كلهم سوا خصما في حقوق الله تعالى
فينتصب الواحد خصما عن الكل فاما التصادق فينظر ان كان المتصادقان
يملكان انشا ما تصادقا عليه كان تصادقهما حجة في حق الكل لانتفاء
التهمة عن كلامهما وان كانا لا يملكان الانشا كان تصادقهما حجة في
حقهما لا في حق غيرهما لمكان التهمة في حق غيرهما ولانتفا التهمة في حقهما
ثم المسايل على فصلين احدهما في الاستحقاق بالبينة والثاني في الاستحقاق
بالتصادق والتوافق ۝ **فصل** امة في يد عبد الله قال ابراهيم
لمحمد لعتك هذه الامة بالف وقبضها فاستحقها رجل من عبد الله ببينة
على النتاج او مطلقا لم يرجع محمد على ابراهيم بشي لان القضا اقتصر على
عبد الله فلم يصر محمد مقضيا عليه لان عبد الله لم يدع تلقي الملك من جهته
فلم يثبت الاستحقاق في حقهما ۝ فان اقام محمد بينة على المستحق انها
امته اشتراها من ابراهيم وهو يملكها وقبضها قضي له بها لان القضا
اقتصر على عبد الله فلم يصر محمد مقضيا عليه ۝ فان اعاد المستحق بينة
النتاج على محمد قضي بها له على محمد ورجع محمد بالثمن على ابراهيم لانه الان
صار مستحقا ومقضيا عليه وهذه البينة قامت على من هو خصم عنهما

فالقضا بها على المشتري يكون قضا على البايع ۝ ولو اقامت الجارية البينة على عبد الله انها حرة الاصل او امة اعتقها او دبرها او استولدها وهو يملكها فقضى به رجع محمد على ابراهيم بالثمن لان القضا بهذه الامور قضا على كافة الناس فصار محمد وابراهيم مقضيا عليهما وان اقامت بينة انه كاتبها لم يرجع محمد حتى تؤدي المكاتبة فتعتق فيرجع لان الكتابة حالا ليست بسبب للعتق فلا يكون في معنى العتق فيكون القضا بها بمنزلة القضا بالملك المطلق ۝ ولو اقامت الامة بينة ان عبد الله ملكها منذ سنة او اقل فانه اعتقها او دبرها او استولدها رجع محمد عليه بالثمن لان القضا بالعتق منذ سنة نفى ملك ابراهيم فصار ابراهيم مقضيا عليه فلم يظهر انها كانت حرة وقت البيع فلم يصر البايع مقضيا عليه ۝

فصل امة في يد عبد الله قال ابراهيم لمحمد بعتك هذه الامة بالف وقبضها وصدقه يجب الثمن ليصادقهما على البيع المؤكد بالقبض وتصادقهما حجة في حقهما ولو اقر عبد الله انه ملكها بتمليك محمد فصدقه محمد فهذا على بيانه اوجه احدهما ان تصادقا قبل الاستحقاق رجع عبد الله على محمد ومحمد على ابراهيم بالثمن لانهما ملكا الاستحقاق وقت التصادق لان الامة في يد عبد الله وهو مقر بالملك لمحمد فكان تصادقهما حجة في حقهما وفي حق غيرهما كما لو ثبت ذلك بالمعاينة ۝ وان تصادقا بعد الاستحقاق رجع عبد الله بالثمن على محمد ولم يرجع محمد على ابراهيم لانهما لا يملكان انشا البيع بعد الاستحقاق فيعتبر تصادقهما في حقهما لا في حق غيرهما ۝ ولو اقر عبد الله بذلك قبل الاستحقاق وصدقه محمد بعد الاستحقاق فهو كما لو تصادقا

بعد الاستحقاق لان تمام الاقرار ونفوذه يكون بالتصديق كما ان تمام العقد يكون بالقبول فكما ان العبرة في حكم العقد لحالة القبول فكذا هذا العبرة لحالة التصديق وهذا لان محمدا في التصديق بعد الاستحقاق متهم لانه قصد به اثبات حق الرجوع على ابراهيم فلم يعتبر التصديق فصار كانه لم يوجد ۝ فان رجع عبد الله على محمد بالثمن ثم اقام محمد البينة انها وصلت الى عبد الله من قبله او على انه صدقه عند الاستحقاق فقبلت بينته ورجع على ابراهيم بالثمن لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة

باب اقامة البايع او المشتري البينة على بيع المستحق من البايع قبل نقض القاضي

البيع او بعده ۝ الزيادات ۝ اصله ان المقضي عليه بالملك اذا اقام البينة على الملك في المقضي به لا تقبل لان القاضي قضى بالبينة الاولى بالاجتهاد والاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله الا اذا ادعى تلقي الملك من جهة المقضي له تقبل بينته لان فيه تقرير الملك وتوكيده للمقضي له وفي تقريره القضا لا نقضه ۝ ولو استحق المبيع قبل القبض فادعى البايع او المشتري ان البايع اشتراه من المستحق وقبضه تقبل بينته لانه توجب تقرير القضا الاول فان لم يجد بينة فنقض القاضي البيع بينهما ورد الثمن على المشتري ثم وجد البايع بينة لا ينقض نقضه لانه توجب نقض القضا لان الفسخ قبل القبض نفذ ظاهرا وباطنا لتقرر سببه وهو عجز البايع عن التسليم وباقامة البينة لا يتبين ان العجز لم يكن كما لو فسخ القاضي العقد بالاباق او بالغصب ثم زال ۝ ولو كان الاستحقاق بعد

فيفسخ البيع بعد القبض ويلزم الجارية المشتري الاخير وهذا قولهما وعند
ابي حنيفة لا ينقض لما عرف ان قضاء القاضي بالفسخ ينفذ ظاهرا وبا
طنا عنده خلافا لهما ٥ فان كان البايع والمشتري تقايلا من غير قضاء
بان طلب المشتري منه الثمن فاعطاه لا يرتفع نقضهما لانه الفسخ بتراضيهما
فالفسخ مطلقا ٥ ولو نقض المشتري بغير رضا البايع لا ينتقض الا بالقضاء
في ظاهر الرواية لان البيع انعقد موقوفا على اجازة المستحق لان
ظهور الملك للمستحق بالقضا لا يكون اقوى من كونه ظاهرا له عند البيع
وذلك لا يمنع انعقاد العقد موقوفا فلان لا يمنع بقاءه اولى فيكون للمستحق
ان يثبت الملك لنفسه باجازة العقد وروي عن ابي حنيفة انه يبطل
البيع بالاستحقاق لان المستحق لما طلب من القاضي ان يقضي له بملكه فقد
اختار تبقية الملك لنفسه وذلك لا يكون الا بعد فسخ البيع ٥ اشترى
عبدا او باعه من آخر فاستحق من يد الآخر فاقام المشتري الآخر بينة ان
البايع اشتراه من المستحق وقبضه تقبل لانه انتصب خصما في اثبات الملك
لبايعه ليتوصل الى اثبات الملك لنفسه وليس في بينته نقض القضاء
بالملك للمستحق بل فيه تقريره وتوكيده فان القضاء بالملك المطلق
يكون قضاء بالملك من الاصل ٥ فان لم تكن بينة ورجع على بايعه بالثمن
ثم اقام بايعه بينة ان بايعه اشتراه من المستحق ولم يسترجع العبد
رده على المشتري وهذا قولهما لا قول ابي حنيفة لانه تبين ان سبب
القضاء لم يكن ثابتا باطنا وهو قيام حق المستحق فلم ينفذ القضاء باطنا
عندهما وليس للثاني ان يرده على مشتريه لان الفسخ بين البايع الثاني

ومشتريه ينفذ ظاهرا وباطنا لانه حصل بتراضيهما والفسخ بين البايع
الاول ومشتريه ينفذ ظاهرا لا باطنا لان سببه لم يكن ثابتا باطنا و
عند ابي حنيفة رحمه الله لا يرده البايع الاول ايضا ٥ ولو استحق المبيع
بعد التقابض فاقام المشتري بينة ان المستحق امر البايع بالبيع تقبل لان فيه
تقرير القضاء بالملك للمستحق ٥ ولو اقام البايع بينة على ذلك فلو كان
الثمن قائما في يده او استهلكه لا تقبل لانها غير مفيدة لانه ان كان المستحق
كان موكلا وقد فسخ العقد مع المشتري لانه بالاستحقاق صار راضيا
بالفسخ والمشتري بالرجوع على بايعه صار راضيا بالفسخ وفسخ الموكل
مع المشتري يصح بتراضيهما وان لم يرض به الوكيل فيجب على البايع رد
الثمن او ضمانه فلا فائدة له في اقامة هذه البينة ٥ وان كان الثمن ضاع في
يده فغرمه للمشتري فحينئذ تقبل بينته ويأخذ العبد ويلزمه المشتري
ويرجع عليه بما غرم لانها مفيدة لانه تبين بهذه البينة ان الثمن كان امانة
في يده وقد هلك بغير صنيعه فلا ضمان عليه وعلى قول ابي حنيفة نفذ
الفسخ فيرجع بما ضمن على المستحق لانه امين لحقه ضمان في الامانة فيرجع
على من ائتمنه كالمودع فان قيل كان ينبغي ان يكون العبد للمستحق
لانه مع المشتري تراضيا بالفسخ وتم الفسخ بينهما قلنا انما تراضيا با
لفسخ بشرط ان يسلم المقبوض من الثمن للمشتري ولا يلحق المستحق غرم
فاذا انعدم الامران جميعا انعدم تراضيهما ٥ ولو كان المشتري باع من آخر
فاستحق من يد الآخر ثم رجع بعضا فيقبل بينة المشتري الاول على امر المستحق
بايعه لان هذه البينة تقرر القضاء الاول واخذ العبد والزمه المشتري الاول

بالثمن

على ابن المستحق بالعبد لان بهذه البينة تقرر القضا الاول واخذ العبد والزمه
المشتري الثاني عندهما ٥ وان لم يقمها ورجع بالثمن على البايع الاول فحكم
البايع ما قدمنا ٥ باع الراهن المرهون وسلمه بغير اذن المرتهن يرده على المرتهن
وتخيير المشتري ان شا فسخ العقد وان شا صبر حتى يفتكه الراهن لان فوات
التسليم كان بسبب يرجى زواله فلا يوجب انفساخ العقد كما لو ابق المبيع
قبل القبض ٥ فان نقض القاضي البيع بينهما بطلب المرتهن لا يلزمه الراهن المشتري
بعد اداء الدين لان الفسخ كان بحق فنفذ القضا ظاهرا وباطنا ٥ ولو اقام الراهن
البينة ان المرتهن قبض المال قبل البيع فعلى الخلاف الذي مر ٥

باب الاختلاف في المبيع غير الاستحقاق والخيار للمشتري عند استحقاق بعضه ٥

المبسوط ولو اختلفا فقال البايع بعتك العرصة والبنا جميعا وقال
المشتري اشتريت العرصة ثم بنيت البنا فالقول للبايع لانه منكر حق
الرجوع بقيمة البنا ٥ ولو قال المستحق البنا مع الارض لي وقال المشتري
انا بنيته فالقول مع البنا للمستحق لان البنا تابع للارض والتبع يستحق باستحقاق
الاصل ٥ **الزيادات** اشترى دارا بعبد وتقابضا فاستحق نصف
الدار فالمشتري بها بالخيار ان شا نقض وان شا اخذ نصفها بنصف العبد ولا
خيار للبايع لان ضرر تفريق الصفقة يلحق المشتري من بايعه لما باعه جميع
الدار وهو لا يملك الا نصفها وضرر التفريق يلحق البايع من نفسه بسبب
تدليسه لا من المشتري ٥ ولو لم يختر المشتري الرد حتى استحق نصف العبد
من بايع الدار فلهما الخيار الا ان اجاز مستحق العبد البيع او وهبه من بايعه

لا رواية

فلا خيار لبايعه لانه سلم كل العبد له والبدل متى وصل الى يد المشتري
على اي وجه وصل اليه يقع عن جهة المستحق بالعقد كرد المغصوب
والوديعة ٥ دار في يد رجل باعها رجل من اخر بعبد وقبض العبد
ولم يقبض المشتري الدار لان البايع فصارت الدار في يد المشتري من جهة
ذي اليد بسبب غصب او وديعة او هبة ليس للمشتري على العبد سبيل
لان قبض الدار مستحق للمشتري على البايع فعلى اي وجه وصل اليه يقع عن
المستحق ٥ فان استرد صاحب اليد بالوديعة او الغصب رجع بالعبد لان
المبيع لم يسلم له لان ذا اليد استحقها بسبب سابق على شرائه فانتقض قبضه
من الاصل وصار كانه لم يقبض اصلا ٥ ولو لم يصر الدار في يد المشتري فسخ
العقد بتقابضهم وصلت اليه من ذي اليد بسبب ما سلمه له ولا يدفعها الى البايع
وفي رواية الجامع يدفعها الى البايع بنا على ان الاستيام والاقدام على الشرا
اعتراف بالملك للبايع على رواية الجامع وعلى رواية الزيادات لا يكون
اعترافا وهو الاصح لما ذكر في كتاب الاقرار ٥ ولو كان اقر بها للبايع
حال ما اشتراها يدفعها اليه لان من اقر لانسان بما لا يملكه ثم ملكه
امر بالتسليم الى المقر له ٥ رجل اشترى العلو فاستحق رجل بنا العلو
فاجاز المستحق البيع جاز والثمن له دون صاحب الساحة لان محل البيع
مال متقوم وذلك البنا دون الهوا فيكون الثمن كله بمقابلة البنا بخلاف
ما لو اشترى ارضا بشربها فاستحق الارض دون الشرب يتوزع الثمن
على قيمة الارض والشرب فحصة الارض تكون للمستحق وحصة الشرب
للبايع لان الشرب مال متقوم الا انه لا يجوز بيعه وحده لجهالة فاذا بيع

مع الارض جاز ان يكون له حصه ٥

باب الغرور المبسوط

مسائله على فصول احدها في الغرور في العقود والثاني في الغرور في
الملك والثالث في المرجوع بضمان الاستحقاق ٥

فصل

امة اخبرت رجلا انها حرة فتزوجها على ذلك فولدت ولدا فاقام مولاها
بينة انها امته فقضى بها له فانه يقضي بالولد لمولاها لان الولد متولد من
ملكه فيكون ملكا لصاحب الاصل لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق
المتولد منه الا ان يثبت غرور المستولد ولا يثبت غروره الا ببينة
لان فيه استحقاق الولد على المستحق ٥ وكذلك لو اشترى جارية فولدت
عنده فاستحقت بالبينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها الرجل لم ياخذ
ولدها والفرق ان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة مظهرة فظهر
بها استحقاق الجارية من الاصل والولد يومئذ كان متصلا بها فيستحق
باستحقاق الاصل فاما الاقرار اخبار وليس باظهار وضعا وانما يثبت
المخبر به ضرورة صحة الخبر وصح الخبر بثبوت المخبر به حال انفصال الولد
فلم يظهر الاستحقاق فيه ٥ فان اقام البينة على انه تزوجها على انها
حرة يجعل الولد حرا بالقيمة لاجماع الصحابة لما مر في النكاح ويكون القيمة
دينا عليه في ماله لا في مال الولد لان السبب وهو المنع وجد من الاب دون
الولد ويضمن القيمة يوم الخصومة لان الولد حصل في يده بغير صنعه وكان
امانة فلا يضمن الا بالمنع بعد الطلب والمنع بعد الطلب انما يتحقق يوم
الخصومة ولا ولاء للمستحق على الولد لانه علق حر الاصل وانما قدرنا الرق
في حقه لضرورة القضا بالقيمة له والثابت بالضرورة لا يعدو موضع

الضرورة ٥ فان قتل الولد فاخذ الاب ديته فعليه قيمته للمستحق لان الدية
بدل نفسه ومنع البدل كمنع المبدل فيتحقق به السبب الموجب للضمان
كالعبد المبيع اذا قتله عبد اخر ودفع به المبيع على حاله لان قيام البدل
كقيام المبدل ويضمن قيمته يوم القتل لا يوم الخصومه لانه ثبت يوم الخصومه
واعتبرت قيمته يوم القتل لانه اخر يوم يمكن تقويمه ٥ وان قضى له بالدية
فلم يقبضها لم يوخذ بالقيمة لانه انما يضمن بالمنع والمنع لا يتحقق فيما لم يتصل
بيده اليه من البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة
للمستحق لان منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد في القضا للمستحق عليه بالقيمه
وان كان ما اخذ لا يفي بقيمة الولد يقضى عليه بقدر ذلك لان بذلك القدر صار مانعا
للولد ٥ ولو استولدها على شرا او هبه او صدقه اخذ المستحق الجاريه وقيمه
الولد لانه ثبت غرور المستولد فانه استولدها على حسبان انها ملكه
وهذا هو حد الغرور ويرجع المستولد على البايع بالثمن وقيمة الولد دون
الواهب والمتصدق سوا كان البايع حرا او عبدا ماذونا له وكذلك اذا
نقض المستحق بناء احدثه المتملك او قلع شجره وعند الشافعي يرجع
به في الكل لان الغرور قد تحقق من الواهب والمتصدق بايجاب الملك له
في المحل واخباره انها مملوكة والصحيح قولنا لان مجرد الغرور لا يكفي
لاثبات حق الرجوع فان من اخبر انسانا ان هذا الطريق امن فسلكه
واخذ اللصوص ماله لم يرجع على المخبر بشي وان حصل مغرورا من جهته
وانما يثبت له حق الرجوع باعتبار عقد المعاوضة لان صفة السلامة
صارت مستحقة له بالعقد لان البايع بالبيع ضمن سلامة الزوايد للمشتري

المبيع للمشتري فصار ضامنا سلامة الزوائد لانها تبع للمبيع وقد ضمن سلامة
الزوائد تبعا لضمان سلامة المبيع فاذا لم يسلم له الزوائد يرجع بقيمتها على الضامن
فاما المتبرع لم يضمن للمتبرع عليه سلامة الاصل لان عقد التبرع لا يكون سببا
لوجوب الضمان على المتبرع للمتبرع عليه ولهذا لا يثبت فيه حق الرد بالعيب
فلا يصير ضامنا سلامة الزوائد ٥ ولو كان المشتري للامة باعها من اخر فولدت
منه ثم استحقت رجع المشتري الثاني على بائعه بالثمن وبقيمة الولد ويرجع المشتري
الاول على بائعه بالثمن لا بقيمة الولد عند ابي حنيفة وعندهما بقيمة الولد ايضا
هكذا الى الاول لهما ان البائع الاول ضمن سلامة المبيع باجزائه للبائع
الثاني ولم يسلم له حيث استحق عليه بدل الولد فيرجع بذلك على البائع الاول كما
في الثمن والرد بالعيب له ان البائع الاول انما ضمن للبائع الثاني سلامة اولاده
ولم يضمن سلامة اولاد المشتري الثاني منه لان ضمان سلامة الاولاد انما يثبت
بالبيع والبيع الثاني مقصور عليه غير مضاف الى الاول لانه وجد باختياره
وفعل فاعل مختار يقتصر عليه فغرم للثاني قيمة الولد بعقد ضمان باشره باختياره
فانقطع غرور البائع الاول واقتصر الحكم على فعل البائع الثاني بخلاف الثمن
لان البائع ضمن للثاني سلامة المبيع ولم يسلم له المبيع فلا يسلم لبائعه الثمن
وان حصل الغرور في النصف رجع بنصف قيمة الولد لان سبب الرجوع
وهو الغرور وجد في النصف ٥ رجلان اشتريا امة فولدت
فادعاه احدهما فغرم نصف القيمة ونصف العقر لشريكه ثم استحقها رجل
فقضى له بها وبقيمة الولد والعقر للمستحق يرجع المستولد على شريكه بما اعطاه
من نصف قيمة الام والعقر لانه تبين بالاستحقاق ان شريكه اخذ ذلك

منه بغير حق ولا يرجع عليه بنصف قيمة الولد لانه ما صار مغرورا من جهة شريكه
فان تملكه على شريكه ما كان بصنعه واختياره فلا يصير ضامنا له سلامة
الاولاد ويرجع الشريك على بائعه بنصف الثمن لاستحقاق نصف المبيع عليه
ولدت امة رجل ثم استحقت فقال الواطي اشتريتها من فلان وصدقه فلان لم
يصدقا على المستحق ويكون الولد عبدا له بعد ما يحلف المستحق انه لا يعلم انه اشترى
ها من فلان لان سبب ملكه للولد ظاهر وهو استحقاق الجارية فهما يدعيان
ابطال ملكه في الولد وهو ينكر فيكون القول قوله ويحلف المستحق لانه لو اقر
بذلك كان الولد حرا فاذا انكر يستحلف عليه ٥ ولو اقر المستحق وانكر البائع
فالولد حر وعلى الاب القيمة لانهما اتفقا على انه مغرور وولد المغرور حر بالقيمة
ولا رجوع لهما على البائع لان قولهما ليس بحجة عليه ٥ ولو اقر به المستحق وحده
عتق الولد باقراره بلا قيمة لانه اقر على نفسه بحرية الولد وعلى المستولد
بالقيمة لانه ينكر كونه مغرورا ٥ لانه ملكه في الظاهر ولم يصح اقراره على
غيره بالقيمة لانه ينكر كونه مغرورا ٥ **فصل** رجل ورث امة من
ابيه فاستولدها ثم استحقت كان الولد حرا بالقيمة لتحقق الغرور في الولد فانه
استولدها على حسبان انها مملوكة له اذا لم يكن عالما بكونها مستحقة ثم
يرجع بالثمن وبقيمة الولد على بائع المورث لان الوارث خلف المورث في ملكه
كانه هو لان ملك المورث انتقل اليه ولهذا يرده بالعيب ويكون فيه كالمورث
فكذلك في الرجوع بسبب الغرور بخلاف الموصى له بالجارية اذا استولدها
ثم استحقت لا يرجع على بائع الموصي لان الموصى له ملك ملكا مستانفا جديدا
بسبب جديد وعقد حديث ولهذا لا يرده بالعيب فلا يقوم مقام الموصي في

الملك القديم ولو مات رجل وترك ابنا وجارية وعليه دين محيط فوطيها الابن
فولدت منه تباع الجارية في الدين ويضمن الابن قيمة ولدها وعقرها للغرماء
لانه بمعنى المغرور وفيها فانه استولدها وله في الجارية حق الملك لان سبب الملك
قد تحقق للوارث وهو موت المورث حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين
من مال اخر ولو اعتقها ثم سقط الدين نفذ عتقه ولو تزوجها لم يصح النكاح
الا انه لم يعمل في ايجاب حقيقة الملك للوارث لمانع وهو الدين فيثبت له حق الملك
في الاستيلاد وعلق الولد حرا بالقيمة وان كان على ما بانه لا ملك له فيها حقيقة
كالمولى اذا استولد جارية مكاتبه يصير مغرورا لما ثبت له حق الملك وان علم
انه لا ملك له حقيقة وبيعت الامة في الدين لان استغراق الدين بالتركة يمنع عتق
الوارث فلان يمنع ثبوت حق الحرية وامومية الولد من جهته اولى ويغرم
العقر لان وطيه صادف ملك غيره وقد سقط الحد للشبهة فيغرم العقر
ويشكل موضوع المسئلة فيما اذا كان هناك وارث اخر حتى لا يكون له
استيلاء من كل التركة ويرجع الوارث على البائع من ابيه بالثمن وقيمة الولد لما
بينا ولو كان الدين غير محيط يضمن قيمتها وعقرها ويقضى منه الدين وما
بقي ميراث ولا يضمن قيمة الولد لان الدين اذا لم يكن محيطا بالتركة لا يمنع
ملك الوارث فيصح استيلاده فيها وصارت الجارية ام ولد له وقد اتلف ماليتها
على الغرماء بالاستيلاد فان دينهم قد تعلق بالتركة وحق الغريم مقدم على حقه
فيغرم قيمتها لحق الغريم كالراهن اذا استولد الجارية المرهونة يضمن
قيمتها للغريم فكذا هذا وهو اذا كان الدين مثل قيمتها او اكثر فان
كان اقل من قيمتها يضمن بقدر الدين لان حق الغريم في قدر الدين وبقي م

العقر قال عيسى بن ابان هذا غلط ويجب ان لا يغرم العقر لان استيلاده في حظ
ملكه ولان الدين اقل من قيمة الجارية فليس فيها من الحرية ما يمنع ايجاب
العقر له ولهذا لا يضمن قيمة الولد والجواب عنه قيل تاويل المسئلة
ان الورثة كانوا عددا وكان هذا استيلاد احد الشركا للجارية المشتركة
وهو موجب العقر والقيمة باعتبار ملك الشركا وقيل ان الدين وان
لم يكن مستغرقا بالتركة ولكن حق الغرما تعلق بجميع التركة فصار كله
مشغولا به كما في الرهن تعلق بجميع المرهون فصار كله مشغولا
به حتى ليس له ان يفتك البعض باداء بعض الدين فكذا هذا لما تعلق الحق
بجميع التركة صار الوارث مستولدا امة تعلق بها حق الغير فيغرم عقرها
وجميع قيمتها كالراهن اذا استولد الجارية المرهونة يضمن العقر
والقيمة فكذا هذا قط ويرجع الاب والوصي بضمان الاستحقاق
في مال الميت والصبي لانه كان عاملا له في ذلك واذا لحقه عهدة يرجع به
عليه وكذلك الوكيل يرجع به على الموكل والمضارب على رب المال اذا لم يكن
في المضاربة فضل وان كان فيها فضل لم يرجع على رب المال من قيمة الولد الا
بقدر راس المال وحصته من الربح لانه في ذلك القدر عامل له وفي نصيبه
من الربح عامل لنفسه ولو كفل رجل للمشتري بضمان الدرك لا يرجع
عليه بقيمة الولد اذا استحق لانه ليس بدرك في الجارية والكفيل ضمن
الدرك في الجارية لا في غيرها فلا يلزمه ضمان ما لم يضمنه المسئلة
رجل امر رجلا بشرا جارية فاشترى له جارية ثم ان الامر وهبها فولدت
له ولدا ثم استحقت واخذت الجارية وعقرها وقيمة ولدها فان

الواطي لا يرجع على البائع بشي لانه مشتريه لغيره ه ذكر ابن سماعة عن محمد رجلان اشتريا جارية وقبضاها ثم احدهما وطيها فجاءت بولد منه فادعاه وضمنه صاحبه نصف قيمة الامة ونصف عقرها ثم ولدت منه ولدا اخر ثم استحقها رجل فاخذها وعقرها وقيمة ولدها فله ان يرجع بنصف الثمن ونصف قيمة الولد الاول لانه صار مغرورا فيه من جهته ولا يرجع على صاحبه من قيمة الولد بشي ويرجع على صاحبه بنصف قيمة الامة ونصف عقرها ويرجع بقيمة الولد الثاني على البائع وشريكه نصفين لانه يملك نصف الاخر من شريكه بالاستيلاد فصار في نصفه مغرورا من جهته قال محمد هذا كله قولي وقول ابي يوسف الا في خصلة واحدة لا يرجع على شريكه بشي من قيمة الولد الثاني عندي لان الواطي ادخل نصف الجارية في ملكه بدعوته من غير صنع و تسبيه شريكه فلا يصير شريكه بذلك غارا له وانما يرجع بالقيمة في الغرور ه

باب الاستحقاق بعد الصلح والغرور في ذلك الجامع

اصله ان ولد المغرور والمغتر يستويان في ثبات النسب من المستولد والحرية بالقيمة لاستوائهما واشتراكهما في المعنى الداعي الى الحرية وهو ان المغرور والمغتر كل واحد منهما يدعي مايه لانه استولد الجارية على حسبان انها ملكه فعلق الولد حر الاصل فمتى جعل رقيقا تضرر به فجعل ولده حرا دفعا للضرر عنه واوجبنا عليه القيمة نظرا للمستحق

وانما يفترقان في رجوع المستولد بالقيمة على مملكه ففي ولد المغرور يرجع على مملك الجارية وفي ولد المغتر لا يرجع والمغتر كالموهوب له والمتصدق عليه والموصى له لان المملك للجارية هنا لم يضمن له سلامة الولد وفي المغرور ضمن له سلامة الولد لما بينا في الباب المتقدم ثم المسايل على خمسة اوجه احدها المدعي على اخر الف درهم فصالحه عن انكار او سكوت على جارية واستولدها المدعي ثم استحقت اخذها المستحق وعقرها وقيمة ولدها ويرجع المدعي الى اصل دعواه ولا يرجع على المدعا عليه بالعقر ولا بقيمة الولد اما العقر فلانه ظهر ان الوطي صادف ملك المستحق واما قيمة الولد للمستحق لان هذا الولد مغتر في حق المدعا عليه لان في زعمه انه ملكه الجارية بغير عوض لدفع اذى الخصومة والشغب وافتدا عن اليمين عن نفسه لا عوضا عن حقه لان في زعمه انه لم يكن عليه حق فصار كالواهب والموصي وولد مغرور في حق المدعي لان في زعمه ان الجارية اخذها عوضا عن حقه فيعتبر زعم كل واحد منهما في حقه فيرجع المستحق بالعقر وبقيمة الولد على المدعي باعتبار زعمه ولا يرجع المدعي على المدعا عليه بشي باعتبار زعمه انه مغتر وليس بمغرور ويرجع المدعي الى دعواه لانه انتقض الصلح بالاستحقاق وصار كانه لم يوجد ولو كان الصلح عن اقرار رجع لانه ملك الجارية عوضا عن المدعا به في زعمهما فقد ضمن المدعا عليه سلامة الجارية والولد فيرجع عليه بالغرامة عند فوات السلامة والبناء في الدار كالولد في الجارية لان البناء تبع للعرصة لانه قايم بها كالولد في الجارية والثانية لو صالح من دم العمد على جارية عن انكار او سكوت واستولدها

المدعى ثم استحق يرجع المدعى الى اصل دعواه الا ان يقيم المدعى البينة على اصل
الحق فيرجع بقيمة الولد وبقيمة الجارية جميعا وفى المسئلة الاولى لو اقام البينة
يرجع بالدين والفرق ان ثمه الصلح وقع على المال وقد استحق باستحقاق الجارية
فيرجع ببدلها وهو الدين والصلح عن دم العمد لا ينتقض باستحقاق الجارية لان هذا
الصلح لا يقبل الانتقاض كالنكاح والخلع فبقى السبب الموجب لتسليم الجارية وهو
الصلح وقد عجز المدعى عليه عن تسليم عينها فيلزمه تسليم قيمتها ٥ والثالث
ادعى جارية في يدى رجل فصالحه على جارية اخرى عن انكار او سكوت وا
ستولد كل واحد منهما جاريته فاستحقت التي في يد المدعى واخذ عقرها وقيمة
ولدها يرجع في دعواه ولا يرجع بقيمة الولد الا اذا اقام البينة على حقه فحينئذ
يرجع بقيمة الجارية التي ادعاها وبقيمة الولد ايضا لان قبل اقامة البينة
المدعى مقتصر في زعم المدعى عليه لانه لم يملكها عوضا عن حقه وبعد اقامة
البينة المدعى مغرور لانه ظهر انه ملك الجارية التي في يد المدعا عليه وقد
اخذ الجارية الاخرى عوضا عما في يد المدعا عليه فقد ملكها بالمعاوضة فصار
مغرورا وللمدعا عليه لما استولد الجارية التي في يده صح استيلاده لانه ملكها
ملكا فاسدا فان بدل المستحق مملوك للقابض ملكا فاسدا فكان على المدعا
عليه رد عين الجارية الى المدعى وقد عجز عن ردها بالاستيلاد فيلزمه رد
قيمتها فان استحقت التي استولدها المدعا عليه واخذها وعقرها وقيمة
ولدها رجع المستولد بقيمة الجارية الاخرى على المدعى ولم يرجع بقيمة الولد
لان المدعى لما صار مكذبا في دعواه ببينة المستحق ان الجارية ملكه فسد
هذا الصلح وصار المدعى مشتريا بالجارية الماخوذة من المدعا عليه بالجارية

المستحق شرا فاسدا فيلزمه ردها على المدعا عليه وقد عجز عن ردها لمكان
الاستيلاد فيلزمه رد قيمتها ولم يرجع بقيمة الولد لان المدعا عليه
يزعم انه لم يستفد ملكا في الجارية التي استولدها من جهة المدعى وليس
له الرجوع عليه بالقيمة والمقر له مكذب المقر في اقراره وبقى مصرا على
تكذيبه فلا شى له والرابع ادعى جارية في يد رجل فصالحه على ان دفعها
الى المدعى على جارية اخرى للمدعى واستولدا كلتاهما ثم استحقت احديهما واخذها
وعقرها وقيمة ولدها ويرجع كل واحد منهما على الاخر بقيمة الجارية الاخرى
وقيمة الولد ايضا لان هذا الصلح معاوضة من الجانبين لانه اخذ كل واحد منهما الجارية
عوضا عن الاخرى لانه لا يسلم لكل واحد ما اخذ الا بما اعطى لصاحبه لان في زعم
المدعا عليه انه باع الجارية المدفوعة من المدعى بالجارية الماخوذة منه وفي زعم
المدعى انه لا يسلم له الجارية الماخوذة من المدعا عليه الا بالجارية المدفوعة
اليه وهذا هو معنى البيع انه لا يسلم له ما اخذ الا بما اعطى فيتحقق المعاوضة من
الجانبين ومتى فسد الصلح باستحقاق احديهما وجب على كل واحد رد الجارية
التي اخذها وقد عجز عن رد عينها فيلزمه رد قيمتها وكذا يرجع بما ضمن
من قيمة الولد على صاحبه كما في البيع بخلاف المسئلة المتقدمة لانه لا
يمكن اعتبار المعاوضة في جانب المدعا عليه لانه كان يسلم له الجارية من غير
اعطاء مال بان يحلف ولا يعطيه شيئا وكانت معاوضة من جانب المدعى لا غير
والخامس اشترى جارية فاستولدها ثم اعتقها ثم تزوجها فاستو
لدها ثم استحقت فاخذها المستحق مع عقرها وقيمة الولدين يرجع المستولد
على البايع بقيمة الولد الاول دون الثاني لان المستولد في الولد الاول مغرور.

وفي الثاني مغرور لانه بعدما اعتقها او تزوجها استولد بعدما علم بحريتها
بدليل يوجب حريتها ظاهرًا وهو شراؤه واعتاقه وفي مثل هذا يكون مغترًا
لا مغرورًا كما لو تزوجها من غيره بعدما علم الزوج بشرائها واعتاقها ثم
استولدها ثم استحقت كان مغترا والمغتر لا يرجع ثم المستولد يضمن عقرا
واحدا لان في زعم المستحق ان الحالة متحده وهي حالة ملك اليمين فان على المستولد
بالوطئات التي تكررت منه فيها عقر واحد فاعتبر زعم من له الحق في القيمة
فاما الرجوع بقيمة الولد فحكم يدور فيما بين المستولد والبايع وهما تصادقا
ان الحالة اختلفت في الولد فاعتبر زعمهما فيه والله اعلم بالصواب

كتاب الإقرار

والحمد لله وصلوته على سيدنا محمد والسلام

يحتاج الى معرفة شرعيته الاقرار وتفسيره وركنه وشرط جوازه وحكمه
ثم شرعيته اما شرعيته فلقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق فقد امر من عليه الحق
بالاملال بما عليه من الحق والاملال ليس الا الاقرار وكذلك قضى رسول الله صلى
الله عليه وسلم على ماعز بالرجم باقراره وهو من اقوى الاحكام واشدها ولان الاقرار
اخبار صدر عن صدق لانتفاء تهمة الكذب وريب الافك عنه فان المال محبوب
المرء طبعا فلا يقربه لغيره كاذبا والخبر الصدق او الراجح فيه الصدق واجب
العمل به شرعا لانه يكون مظهرا وموضحا للحق ظاهرا واما تفسيره لغة وشرعا
فهو اخبار عن كاين سابق فمعناه ثبوت المخبر به سابقا على اخباره واما
ركنه فقوله لفلان علي كذا وما يشبهه لانه يقوم به ظهور الحق وانكشافه
حتى لا يصح شرط الخيار فيه بان اقر بدين وعين على انه بالخيار ثلثة ايام فالخيار
باطل وان صدقه المقر له والمال لازم لان الخيار شرط للفسخ والاقرار

باب الزوجان يختلفان في متاع البيت

واذا اختلف الزوجان في
متاع البيت قال ابو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ما يصلح للرجال كالعمامة والسيف والمنطقة فهو
للرجل وما يصلح للنساء كالغزل والمغزل والصندوق والمقنعة وثياب النساء فهو للمرأة وما كان
مشكلا كمتاع البيت والاواني والجواري والعبيد فعند ابي حنيفة هو للرجل في حيوتهما
وللباقي منهما بعد وفاة احدهما وعند محمد ما كان مشكلا فهو للزوج او للورثة في الموت
والطلاق جميعا وقال ابو يوسف للمرأة جهاز مثلها والباقي للرجل في الحيوة والوفاة جميعا وقال
زفر والشافعي في المشكل بينهما نصفان الا ثياب بدنهما وقال ابن ابي ليلى كله للزوج وللمرأة
ثياب بدنها وقال الحسن البصري كله للمرأة وللزوج ثياب بدنه فصارت المسألة مختلفة و
فيها سبعة اقاويل لزفر انهما استويا في الحرية والمالكية للمال لان بالنكاح صار منافع
بضعها مملوكة للزوج لا غير وبقي لها مالكية المال فقد استويا في اليد المتصرفة في
حق المال فينصف وبان في الاستحقاق الا ان يد كل واحد على ثياب بدنه يد مستعملة فكانت
اليد المستعملة اولى من اليد الحكمية كما لو اختلفا في ثوب واحدهما لابسه ولابي يوسف
ان مالكية الرجل اقوى واعلى من مالكية المرأة لانها مملوكة للزوج ملك نكاح محبوسة مقهورة
في يده فكانت يده اكثر واقوى فيترجح الاقوى على الادنى الا في جهاز مثلها لان الظاهر
يشهد لها فان المرأة لا تخلو عن جهاز المثل عادة فصحت يدها فيه باعتبار العادة
ولابي حنيفة ان يد الزوجين على متاع البيت يد حكمية لا حقيقية فالعبرة لليد الحكمية للاقوى فيترجح الاقوى
على الادنى فيما يشهد الظاهر كانت يده اعلى واقوى لانها تأيدت بشهادة العادة فما يصلح لاحدهما
فالظاهر والعادة تشهد له فكانت يده احق واحرى فيحكم له باعتبار اليد وفيما لا يشهد لهما
الظاهر كانت يد الرجل اقوى واعلى لانه مالك من كل وجه فولي عليها والمرأة مملوكة للزوج
ملك نكاح محبوسة في يده منقطعة منقادة لامره ولهذا تصير مقيمة باقامته مسافرة
بسفره فكانت يده اقوى فيترجح الاقوى على الادنى ثم محمد رحمه الله سوى بين الحيوة والموت لان
الورثة قائمة مقامه فما يقضى للرجل حال حيوته يكون لورثته بعد مماته كما لو اختلفا بعد
الفرقة وابو حنيفة رضي الله عنه فرق بين الحيوة والوفاة لان يد الزوج ومملوكية المرأة قد
انقطعت بالموت وصارت يدها متكاملة كلها لانها ويدها كانت سابقة على يد الورثة
فلم يثبت اليد للورثة بخلاف ما لو اختلفا بعد الفرقة لان كل واحد منهما يدعي يدا كانت
على هذا المال ثابتة على يد كانت ثابتة له حال قيام النكاح لا ابتدا ولا يد للورثة حال
قيام النكاح ولا تثبت لهم بعد الموت وهذا كله اذا كانا حرين او مملوكين ولو كان
احدهما حرا والاخر مملوكا فمتاع البيت للحر منهما عند ابي حنيفة وعندهما ان كان المملوك
محجورا فكذلك وان كان مأذونا او مكاتبا فهما كالحرين لان يدهما معتبرة لانهما التحقا
بالاحرار في حق اليد المتصرفة المتقلبة ولهذا لو تنازعا او الاجنبي في مال في ايديهما يكون بينهما
لهما ان المنازعة ايما وقعت

في حال بينت بدهما عليه بسبب النكاح لا بسبب التجارة والنكاح لا يدخل
تحت للاذن والكتابة حتى لا يصح نكاحهما الا باذن المولى فكانا بمنزلة المحجور في
حق النكاح والمال الذي في ايديهما وجب بالتجارة وهما كالحرين في حق التجارة
ولو كان الزوج حرا والمراة مملوكة فاعتقت بعد ذلك ثم اختلفا في
متاع البيت فما احدثا قبل العتاق فهو للرجل وما احدثا بعد العتاق
فهما كالحرين فيه والمسلم والكافر في ذلك سوا ولو اقرت المراة ان
هذا المتاع اشتراه لها زوجها فهو للرجل لانها اقرت له ثم ادعت النقل الى
نفسها ه ولو كان السيد ملكا لاحدهما واختلفا في متاع البيت فلا يختلف
الجواب لان يدهما ثابتة على المتاع بحكم النكاح ه ولو كان للزوج اربع نسوة
فان كان كلهن في بيت واحد فمتاع النسا بينهن بالسوية وان كانت كل
واحدة في بيت على حدة فالجواب فيه كما في الواحدة لان ايديهن تعرف
متى اختلفت البيوت ه ولو طلق امراته ثلثا او بائنا في صحته ثم مات
الزوج فلا اهل لورثته لان وقوع الفرقة بمنزلة وقوع المنازعة لان
المفارقة سبب لوقوع المنازعة فاقيمت مقامها فصار كانهما
تنازعا في حيوتهما فالكل للزوج فكذا ههنا واذا صار الكل للزوج
قبل موته بقي لورثته وان طلقها ثلثا او بائنا في مرضه ثم مات
بعد انقضا العدة فالكل لورثته ه وان مات قبل العدة فالكل للمراة
لان الحق والميراث ثابت لها ما دامت في العدة ويد الزوج قد
انقطعت بالموت فصار كان الزوج مات وبقيت المراة
كان الكل لها في قول ابي حنيفة رضي الله عنه والله اعلم ه

وما عليك ان تقول كلما سبحت او هللت يا اللهم ما
اردد علينا شيخنا مسلما فانا من خيره ان نعدما
اني اذا ما حدث الما اقول يا اللهم
قالوا فلو كان الميم عوضا من حرف الندا لما اجتمعا قال الزجاج وهذا
اسناد لا يعرف قايله ولا يترك له ما في كتاب الله تعالى وفي جميع ديوان
العرب وقد ورد مثله في قوله هما نفثا في من فويهما على النابح العاوي
اشد رجام قال الكوفيون وانما تزاد الميم مخففة في فم وابنم
واما ميم مشددة فلا تزاد وقال بعض النحويين ما قاله الكوفيون خطا
لانه لو كان كما قالوا كان يجب ان يقال اللهم ويقتصر عليه لانه معه دعا
وايضا فقد تقول انت اللهم انت الرزاق فلو كان كما ادعوا الكنت قد
فصلت بجملتين بين الابتدا والخبر وقال النضر بن شميل من قال اللهم فقد دعا
الله تعالى بجميع اسمايه كلها وقال الحسن اللهم تجمع الدعا
مالك الملك قال قتادة بلغني ان النبي صلى الله عليه وسلم سال الله عز وجل
ان يعطي امته ملك فارس فانزل الله هذه الاية وقال مقاتل سال النبي صلى
الله عليه وسلم ان يجعل الله له ملك الروم وفارس في امته فعلمه الله تعالى
بان يدعوا بهذا الدعا وقد تقدم معناه ومالك منصوب عند سيبويه على انه
ندا ثان ومثله قوله تعالى قل اللهم فاطر السماوات والارض ولا يجوز عنده
ان يوصف اللهم لانه قد ضمت اليه الميم وخالفه محمد بن يزيد وابرهيم بن السري
والزجاج